

JOÃO ALENCAR OLIVEIRA JÚNIOR

**A RESPONSABILIDADE CIVIL
NO SERVIÇO DE MOTOTÁXI**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Marcelo de Barros Barreto

BRASÍLIA/DF

2009

A atividade de pesquisa científica consome tempo e paciência do autor, não menos daquelas pessoas que nos estão próximas. Dedico esta obra à minha mulher, Mirela Alves Dias, pelo tempo furtado de convivência e ao exercício da paciência pelas minhas ausências e escusas.

Agradeço ao Prof. Marcelo de Barros Barreto pela paciência ao longo de todo o semestre, quando tive o privilégio de ser seu aluno na disciplina de Responsabilidade Civil e, pela coragem de aceitar ser meu orientador na última hora, em confiança na realização do trabalho a bom termo. Gostaria, ainda, de agradecer as importantes contribuições da banca composta pelos Prof. Luis Antônio Winckler Annes e Prof. Marlon Tomazette, que em muito melhoraram a qualidade desta monografia de graduação.

SUMÁRIO

	Pág.
Resumo	6
Introdução	7
Capítulo 1 Evolução do Serviço de Transporte Público por Mototáxi	11
1.1 A Gênese do serviço de transporte público por motocicleta	11
1.2 Abrangência territorial do mototáxi	12
Capítulo 2 Natureza Jurídica do Serviço de Mototáxi	19
2.1 Aspectos constitucionais dos serviços de transportes públicos de passageiros no âmbito do município	19
2.2 Conceito de serviço público	23
2.3 Regimes de delegação dos serviços públicos de transportes: a permissão e a concessão	26
2.3.1 A Lei nº 8.666/1993 – das licitações e contratos administrativos	26
2.3.2 A Lei nº 8.987/1995 – da concessão e permissão de serviço público	29
2.4 A Inadequação da autorização administrativa para delegação do serviço de transporte individual público de passageiro por motocicleta - mototáxi	37
2.4.1 Natureza jurídica do ato administrativo da autorização	38
Capítulo 3 Responsabilidade Civil no Serviço de Mototáxi	45
3.1 A Responsabilidade civil nas atividades de risco	46
3.2 O Dever de segurança na atividade de risco	49
3.3 Análise da responsabilidade civil no serviço de transporte público individual de passageiros por motocicleta – o caso do permissionário de direito e do permissionário de fato	53
3.3.1 A Responsabilidade civil objetiva por ato legislativo ou executivo inconstitucional na instituição da lei municipal do serviço de mototáxi	61
3.3.2 A Responsabilidade civil extracontratual comissiva e omissiva estatal no serviço de mototáxi	64
3.3.2.1 A Responsabilidade civil extracontratual comissiva no sentido de coibir o serviço de mototáxi	75
3.3.2.2 A Responsabilidade civil extracontratual comissiva no sentido de regulamentar o serviço de mototáxi	82
3.3.2.3 A Responsabilidade civil extracontratual omissiva no sentido de não coibir e de não regulamentar o serviço de mototáxi	84
Conclusões e Recomendações	95
Conclusões	95
Recomendações	100
Estratégias para a redução do risco adquirido	100
A Constitucionalidade das Leis Municipais de Mototáxi	102
O direito à informação dos riscos da atividade	102
Perspectivas de evolução do serviço de mototáxi	103
Referências Bibliográficas	105

FIGURAS

		Pág.
Figura 1	Permissionário de mototáxi no Município de Fortaleza, 1998	13
Figura 2	Permissionário de direito do serviço de mototáxi e o “permissionário de fato” no Município de Rio Branco/AC, 2009	69
Figura 3	Protótipo Tuka, DIÁRIO DO NORDESTE, 2001	101

TABELAS

		Pág.
Tabela 1	Percentual de Municípios com Mototáxi por Região e País	14
Tabela 2	Percentual de Serviços de Mototáxi Regulados pelos Municípios e os Serviços Informais/Ilegais por Região	15
Tabela 3	Percentual de Serviços de Mototáxi pelo Porte do Município	16

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo analisar as implicações jurídicas no âmbito da responsabilidade civil em decorrência do surgimento de uma nova modalidade de transporte público de passageiro operado com a utilização de motocicleta, nacionalmente conhecida como serviço de mototáxi. Apresentam-se dados da existência do serviço enquanto sua distribuição geográfica e condição jurídica da sua prestação. Aborda-se sua caracterização enquanto serviço público de transporte de passageiros, assim como a inadequação de sua outorga mediante autorização administrativa, conforme identificada em algumas leis municipais de criação do serviço de mototáxi, o que caracteriza vício material da lei. No aspecto da responsabilidade civil abordam-se as implicações advindas de conduta comissiva e omissiva do Poder Público Municipal, em coibir e/ou regulamentar a atividade surgida pelo fato social, identificando-se as responsabilidades dos operadores, sejam estes legalizados ou ilegais, bem como a responsabilidade civil do poder municipal na ação e na omissão. Nas conclusões e recomendações apresentam resumidamente os resultados da pesquisa e os assuntos que merecem análises futuras pelos operadores do direito e de áreas afins à temática. Concluiu-se pela responsabilidade objetiva do permissionário de direito e do “permissionário de fato” em razão risco da atividade e dano a direito de outrem, caracterizado pelo dano injusto suportado pela vítima de acidente usuária ou não do serviço de mototáxi, assim como pela responsabilidade objetiva subsidiária do Poder Público Municipal tendo o mesmo optado por conduta comissiva de regular a atividade ilegal ou mesmo na omissiva em não coibir e não regulamentar o serviço de mototáxi.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objetivo analisar as implicações jurídicas no âmbito da responsabilidade civil do surgimento de uma nova modalidade de transporte público de passageiros criada na cidade de Crateús/CE, em fins de 1995 (COELHO, 1997, p. 25). A inovação deu-se pela utilização da motocicleta como táxi, o que passou a ser conhecido por mototáxi. Tal novidade em pouco mais de uma década proliferou tanto no âmbito dos municípios cearenses quanto em todos os estados nordestinos e demais regiões do país.

A abrangência territorial não foi somente o aspecto mais relevante de tal fenômeno social. Na medida em que passou a ser entendido como uma possível ameaça aos operadores de transportes públicos já estabelecidos no mercado de transporte, o mototáxi tornou-se um inimigo a ser enfrentado no âmbito dos tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados – TJs) e do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) pela proposição de *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* (ADINs) em oposição, respectivamente, às leis municipais e estaduais, que regulavam e estabeleciam um novo marco regulatório para a nascente atividade de prestação de serviços públicos de transporte de passageiros por motocicleta.

A presente pesquisa aborda a questão relacionada à responsabilidade civil decorrente da prestação do serviço de mototáxi na maioria das cidades brasileiras nas quais se têm tal tipo de serviço. Implica afirmar a imputação objetiva do Estado por conduta comissiva e, também, omissiva. Devido ao exercício legal dos permissionários outorgados após procedimento licitatório, embora respondam civilmente pelo sinistro, não afasta a responsabilidade subsidiária do poder público municipal, pois o mesmo é apenas um preposto do poder municipal na prestação do serviço público, devendo arcar com a indenização em razão do inadimplemento da obrigação de indenizar daquele que ocasionou o dano, o mototaxista.

Decorrente, também, da tolerância do poder público em não coibir a atividade ilegal (omissão de dever) em razão da prerrogativa do poder de polícia do Estado. Criando assim, a realidade esdrúxula da exploração clandestina do mercado de transporte público de passageiros com a complacência da autoridade municipal. A simples fatalidade com um passageiro de um mototáxi ou mesmo com não usuário deveria ensejar a imputação

objetiva da Administração Pública com fundamento na obrigação de indenizar o dano injusto suportado pela vítima, enquanto antijuridicidade objetiva.

A relevância da pesquisa decorre do próprio fenômeno do mototáxi, pois se trata de um fato social inquestionável que faz surgir novas situações, exigindo do operador do direito não apenas a capacidade de interpretação do marco regulatório vigente, mas, também, a criatividade para elaborar legislação municipal própria para sua criação e delegação. A nova lei instituidora do serviço de mototáxi com certeza envolve a participação dos poderes Executivo e Legislativo Municipal, pois assim obriga a inteligência do art. 2º, da Lei nº 9.074/1995, em obediência aos regimes de delegação da outorga de serviço público consagrados na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) – a concessão e a permissão.

Ora, se a legislação federal obriga a existência de lei reconhecendo a atividade como serviço público para que possa ser delegado a terceiros, como então se pode questionar a constitucionalidade da norma fundadora do novo direito ao serviço instituído pela municipalidade? Ainda mais se o município possui a prerrogativa constitucional de *“legislar sobre assuntos de interesse local”* (art. 30, I, CF/1988) e *“de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”* (art. 30, V, CF/1988).

Sendo o art. 30 da CF, o principal marco regulatório definidor da autonomia e da competência municipal para legislar e regulamentar suas atividades de transporte público de passageiros no âmbito local, uma vez que este possui caráter de interesse local (CF, art. 30, I), inclusive com a legitimidade para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (CF, art. 30, II). Portanto, nada mais próprio ao município do que a estruturação do seu sistema de transportes de passageiros.

A necessidade de organizar e prestar atividade de transporte público de passageiros torna legítima a iniciativa do município em criar seu ordenamento jurídico aplicado ao sistema de transporte municipal, quaisquer que sejam os modos de transportes escolhidos para atender as necessidades da população. Tal prerrogativa implica em outra, ou seja, a responsabilidade civil do Estado e das pessoas físicas e jurídicas de direito privado prestadores de serviço públicos.

Em 2005, já existia o fenômeno do mototáxi em 2.622 (47,1%) municípios brasileiros passando para 52,7% em 2007 (IBGE, 2006 e 2008). Tal fenômeno pode ser explicado pelo fato de que em apenas 23% dos municípios com população acima de 60 mil e inferior a 100 mil habitantes possuem sistema de transporte público por ônibus, em sua maioria, localizados nas regiões Sul e Sudeste, pois são também os de maior renda *per capita*. Nos municípios com população inferior a 60 mil habitantes não se identifica a existência de sistema de transporte público por ônibus. No entanto, nesses municípios se concentravam 89,5% das ocorrências de mototáxi do país no ano de 2005.

A metodologia da pesquisa guarda relação com a motivação decorrente de um fato social existente a mais de uma década, e que possui dimensão nacional quanto à ocorrência geográfica. Todavia, o serviço de transporte individual público de passageiros por motocicleta (Mototáxi) é exclusivamente de competência municipal a sua regulação e delegação. Não devendo haver a federalização do problema como se fosse um problema de regulamentação de trânsito a ser resolvido por norma federal, como entende muitos parlamentares e até determinados doutos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

Desta forma, a pesquisa se utilizará de consulta bibliográfica, para analisar a legislação sobre os serviços públicos delegados, em particular dos serviços de transportes públicos de passageiros, bem como da legislação municipal regulamentadora do serviço de mototáxi. Da mesma forma, a consulta ao repertório da legislação nacional disponibilizado no *site* da Presidência da República quanto ao marco regulatório do assunto.

Na pesquisa bibliográfica foram identificados nos *sites* do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Acórdãos referentes à responsabilização civil do Estado e seus delegados. Portanto, mediante consulta jurisprudencial identificaram-se nos votos e no inteiro teor dos Acórdãos prolatados nos TJs, STJ e no STF pelos colendos julgadores, as correntes jurisprudenciais favoráveis ou desfavoráveis à imputação objetiva do Estado por omissão. Da mesma maneira procedeu-se consulta à doutrina relacionada ao direito público e à responsabilidade civil.

A monografia se encontra estruturada nos seguintes capítulos:

No *capítulo primeiro* será discutido o fato social do fenômeno do mototáxi pertinente ao seu surgimento, expansão, evolução e abrangência assumida no Brasil.

No *capítulo segundo* pretende-se analisar os aspectos normativos e doutrinários sobre o serviço de transporte público de passageiros. Serão discutidos os regimes constitucionalmente esculpidos para se delegar os serviços de transportes públicos, a permissão e a concessão. Assim como se introduz a discussão sobre a natureza jurídica do serviço de mototáxi, em particular, motivada pela verificação de que em alguns municípios a lei instituidora do serviço tem adotado a delegação por meio da *autorização administrativa*, inclusive com a não realização da licitação pública, investindo o particular na qualidade de prestador de serviço público, por meio de um simples ato administrativo da autoridade municipal. A distinção entre o serviço privado e o público deverá tornar claro o instrumento mais adequado para se ter a concordância do poder público em possibilitar a determinada pessoa privada prestar serviço de transporte, seja este público ou privado. O que não se admite é a utilização da autorização para delegação de serviços públicos, como tem sido utilizado em vários municípios brasileiros.

O *capítulo terceiro* abordará aspectos relacionados à responsabilidade civil do poder público municipal e do mototaxista, o legalizado e aquele que realiza atividade clandestina ou ilegal (exercício ilegal da profissão). Associada à responsabilização civil estão os acidentes, pois apenas a partir de um dano é que se busca apurar a responsabilidade pelo sinistro e a consequente indenização pecuniária à vítima. Assim como, a repercussão da imputação da responsabilidade em relação às ações comissivas e omissivas do município no sentido de coibir ou regulamentar o serviço de mototáxi.

Apresentam-se as conclusões e sugestões de trabalhos futuros, até porque, existem limitações na abordagem e profundidade de uma pesquisa de monografia no âmbito da graduação.

Capítulo 1 Evolução do Serviço de Transporte Público por Motocicleta

1.1 A Gênese do serviço de transporte público por motocicleta

A utilização da motocicleta no transporte público de passageiros no Brasil é um fenômeno recente. O marco temporal recua aos idos de 1995 com o seu surgimento em Crateús/CE, à época a cidade contava com população de aproximadamente 70 mil habitantes e não dispunha de sistema municipal de transporte público por ônibus, fato sem modificação até hoje. A inovação deu-se pela utilização da motocicleta como táxi, passando a ser conhecido por mototáxi. COELHO (1997, p. 25) antevendo a capacidade de proliferação da nova ideia afirmava: “o sistema de transporte mototáxi que nasceu cearense, já é nordestino e caminha apressadamente na direção de ser brasileiro, tal é a força da sua propagação e a territorialidade que está construindo no âmbito do país”. De fato, tal novidade em pouco mais de uma década proliferou tanto no âmbito dos municípios cearenses quanto em todos os estados nordestinos e demais regiões do país.

Segundo COELHO (1997, p. 39), a iniciativa da criação desse serviço é atribuída ao Sr. Antônio Edilson Mourão. Quando assistia o Jornal da TV Globo sobre o trânsito congestionado na cidade de Londres (Inglaterra) e a opção dos turistas em locar a motocicleta ao invés do automóvel para transitar na cidade. Teve a ideia de criar um serviço de transporte de passageiros por motocicleta na cidade de Crateús/CE, locando a garupa da motocicleta, por não dispor de capital para locar a motocicleta.

COELHO (1997, p. 43) enumera possíveis razões que poderiam explicar o surgimento do mototáxi:

as populações urbanas necessitam de transportes coletivos; a maioria das cidades de porte médio, no Nordeste, registra ou a completa ausência, ou insuficiência de ônibus como meio de transporte urbano; para existirem, os transportes coletivos demandam elevados investimentos e capacidade empresarial; as populações de baixa renda não podem despendar quantias elevadas com outros meios de transporte; o custo do táxi é alto e, portanto, excludente de grande parte da população urbana.

A reflexão de COELHO (1997) retrata a realidade da maioria das cidades brasileiras de pequeno e médio porte com população de baixa renda *per capita*, o que inviabiliza a oferta de serviços de transportes públicos por ônibus operando em regime de mercado e, para existir tal serviço seria necessário o subsídio público ou cruzado. O tradicional “táxi de praça” naquelas cidades não se constitui na prática em um serviço de transporte público, pois a grande maioria da população não pode dispor do mesmo para viagens habituais, embora esteja presente em 76,7% dos 5.564 municípios brasileiros (IBGE, 2008).

1.2 Abrangência territorial do mototáxi

O serviço de mototáxi surgiu de maneira informal, clandestina e a margem da lei. Até o ano de 2005, as informações sobre a existência ou não do mototáxi se dava basicamente por matéria veiculada na imprensa relatando a mobilização social em torno da questão, bem como a iniciativa de vereadores em criar o serviço por meio de projeto de lei municipal e, também, decorrente das lides jurídicas questionando a constitucionalidade das leis municipais sobre o serviço público de mototáxi em razão do vício formal de origem ou da pretensa invasão da competência privativa da União, por confundirem competências privativas para regular transporte urbano com aquelas relacionadas ao trânsito.

COELHO (1997, p. 45) apresentou levantamento realizado em janeiro de 1997, dando notícia do fenômeno do mototáxi em municípios da Região Nordeste (29 no Ceará, oito na Paraíba, um em Pernambuco, um na Bahia, três em Alagoas), Norte (um em Tocantins), Centro-Oeste (cidades satélites de Brasília/DF), Sudeste (dois em Minas Gerais, dois em São Paulo) e Sul (um em Santa Catarina), sejam estes legalizados ou não. Em 1998, a Revista Veja publicou reportagem afirmando que aproximadamente 100 municípios já haviam regulamentado o serviço e em cerca de 1.000 deles o sistema era operado de forma informal, ou seja, valor bastante representativo nos 5.564 municípios do país (OLIVEIRA JÚNIOR, 2003).

Na consulta à base de dados da frota nacional de veículos (ano-base de 2000), disponibilizada pela extinta Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT/MT) identificou-se uma frota de 29.921 motocicletas com placas vermelhas, o que representava 0,74% da frota nacional de motocicletas do país. Por região indicou o seguinte

resultado quanto à quantidade de motocicletas com placas vermelhas e percentuais: Nordeste (10.939, 36,6%); Sudeste (8.051, 26,9%); Sul (3.007, 10,1%); Centro-Oeste (6.198, 20,7%) e Norte (1.726, 5,8%). As regiões mais ricas do país (sul e sudeste) responderam por 37% do total de motocicletas de aluguel do país (OLIVEIRA JÚNIOR, 2003).

A análise desagregada dos dados de alguns estados da federação, nos quais se destacava a quantidade de motocicletas de aluguel (placas vermelhas licenciadas) na frota nacional de motocicletas, obedecia a seguinte distribuição: Pará (635, 36,8%); Rondônia (547, 31,7%); Ceará (5.709, 52,2%); Maranhão (2.679, 24,5%); Rio Grande do Norte (937, 8,6%), Paraíba (574, 5,3%); Minas Gerais (1.958, 24,3%); São Paulo (5.905, 73,3%); Santa Catarina (417, 13,9%); Rio Grande do Sul (2.513, 83,6%); Mato Grosso do Sul (1.245, 20,1%); Mato Grosso (1.917, 30,9%) e Goiás (3.036, 49%). O que já demonstrava o incipiente crescimento do fenômeno do serviço de mototáxi no país já naquela época (OLIVEIRA JÚNIOR, 2003).

O Estado do Ceará foi um dos primeiros estados da federação a licenciar as motocicletas utilizadas no transporte de passageiros com a placa vermelha (*vide* Figura 1).



Figura 1: permissionário de mototáxi no Município de Fortaleza, 1998

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realiza desde 1999, a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) em todos os 5.564 municípios do país. As duas últimas de 2006 e 2008 (ano-base de 2005 e 2007) apresentaram informações

sobre o serviço de transporte público de passageiros por motocicleta, o mototáxi. Em 2005, o fenômeno do mototáxi estava presente em 2.622 (47,1%) municípios brasileiros evoluindo para 52,7% em 2007 (IBGE, 2006 e 2008), um incremento de 5,6% em apenas dois anos. Em 2005, a distribuição geográfica dos serviços de mototáxi por região se dava da seguinte forma: a) região nordeste concentrava 32,2% dos municípios brasileiros com mototáxi; b) região sudeste respondia por 30%; c) região sul com 21,4% do total; d) região centro-oeste com 8,4% e e) região norte possuía 8,1% dos municípios nos quais foi informada da existência de mototáxi pelas prefeituras, sendo os serviços legais ou ilegais.

A distribuição geográfica intrarregional dos serviços de mototáxi se deu em 2005 e 2007 da seguinte forma:

Tabela 1: Percentual de Municípios com Mototáxi por Região e País

Regiões	Número de Municípios	Municípios com Serviço de Mototáxi (%)	
		Ano de 2005	Ano de 2007
Norte	449	72,2	75,9
Nordeste	1.793	78,9	88,2
Sudeste	1.668	23,1	28,5
Sul	1.188	14,2	16,9
Centro-Oeste	466	70,6	72,3
Brasil	5.564	47,1	52,7

Fonte: IBGE, 2006 e 2008

Observa-se de maneira geral o incremento no percentual de municípios com mototáxi no biênio considerado. A maior evolução ocorreu na região nordeste com 9,3% em dois anos, seguido da região sudeste, que experimentou aumento de 5,4% e da região norte com 3,7%. As menores variações ocorreram na região sul (2,7%) e na região centro-oeste (1,7%), no período de 2005 a 2007.

Todavia, a distribuição geográfica intrarregional dos serviços de mototáxi quanto à legalidade dos serviços, se dá da seguinte forma:

Tabela 2: Percentual de Serviços de Mototáxi Regulados pelos Municípios e os Serviços Informais/Ilegais por Região

Regiões	Municípios com Serviço de Mototáxi (%)	
	% do Serviço Regulado pelo Município	% do Serviço Informal/Ilegal
Norte	29,6	70,4
Nordeste	20,7	79,3
Sudeste	49,8	50,2
Sul	36,3	63,9
Centro-Oeste	39,5	60,5
Brasil	29,5	70,5

Fonte: Elaboração com base em IBGE, 2006

Embora com ressalvas quanto à confiabilidade na coleta de dados do IBGE na pesquisa MUNIC 2006, acredita-se que a resposta “informal” dada pelos municípios reflita o fato de inexistir norma municipal reguladora da atividade. Desta forma, é patente a predominância da informalidade na prestação de tais serviços nas diversas regiões do País. Merece destaque a observação dos maiores índices de informalidade se encontravam nas regiões Norte (70,4%) e Nordeste (79,3%). O menor nível de informalidade se dá na região mais rica do país, o Sudeste com 50,2%, o que demonstra um maior nível de organização da gestão municipal nos municípios da região, seguido do Sul com 63,9% e do Centro-Oeste com 60,5%. Na média nacional o nível de informalidade é da ordem de 70,5%, segundo a Tabela 2, acima.

A análise do fenômeno a partir do critério populacional apresenta, em termos médios, a ocorrência do mototáxi concentrada naqueles municípios com população inferior a 20 mil habitantes (61,8%), nos municípios acima de 20 mil e inferior a 60 mil o percentual chega a 27,7% e apenas 10,5% em municípios acima de 60 mil habitantes (IBGE, 2006), nos quais se incluem algumas capitais (Fortaleza/CE, Rio Branco/AC, Palmas/TO, Campo Grande/MS e São Luís/MA) e cidades médias (Campina Grande/PB, Arapiraca/AL, Santarém/PA, Parintins/AM, Macapá/AP, Imperatriz/MA, Juazeiro do Norte/CE, Iguatu/CE, Caucaia/CE, Mossoró/RN, Nossa Senhora do Socorro/SE, Ribeirão Preto/SP, Bauru/SP, Franca/SP, Montes Claros/MG, Londrina/PR, Foz do Iguaçu/PR, Blumenau/SC, Balneário Camboriú/SC, Rondonópolis/MT), que já regulamentaram o serviço de mototáxi.

Todavia, em somente 23% dos municípios com população acima de 60 mil e inferior a 100 mil habitantes existe a oferta de transporte público por ônibus, na sua maioria,

localizados nas regiões Sul e Sudeste, pois são também os de maior renda *per capita*. O que atesta a inexistência do serviço de ônibus na grande maioria dos municípios brasileiros, não obstante nas grandes e médias cidades que contam com serviços de transporte público também opera o mototáxi, a exemplo de Fortaleza, São Luís, Campina Grande, Rio Branco e outras. Nos municípios com população inferior a 60 mil habitantes não se identifica a existência de sistema de transporte público por ônibus. No entanto, nesses municípios se concentram 89,5% das ocorrências de mototáxi do país (IBGE, 2006).

A evolução da existência do mototáxi entre 2005 e 2007 levando-se em conta o porte do município apresenta os seguintes percentuais de distribuição.

Tabela 3: Percentual de Serviços de Mototáxi pelo Porte do Município

Classe de tamanho da população dos municípios	Número de Municípios		Municípios com Serviço de Mototáxi (%)	
	Ano de 2005	Ano de 2007	Ano de 2005	Ano de 2007
Até 5.000	1.362	1.267	27,2	31,1
De 5.001 a 10.000	1.310	1.290	39,7	47,2
De 10.001 a 20.000	1.298	1.385	56,2	60,2
De 20.001 a 50.000	1.026	1.037	64,3	70,4
De 50.001 a 100.000	313	319	69,0	69,9
De 100.001 a 500.000	220	229	51,4	55,5
Mais de 500.000	35	37	34,3	48,6
Brasil	5.564	5.564	47,1	52,7

Fonte: Elaboração com base em IBGE, 2006 e 2008

Na Tabela 3 observa-se para o ano de 2007, por faixa de população municipal, que em aproximadamente 1/3 dos municípios com população até 5.000 habitantes possuem serviços de mototáxi. Imediatamente no intervalo superior acima de 5 mil e inferior a 10 mil habitantes, bem como naqueles superiores a 500 mil habitantes, cerca de ½ deles dispõem de mototáxi. Nos intervalos acima de 10 mil e inferiores a 500 mil de população municipal, os percentuais situam-se entre 55,5% a 70,4%, superiores a metade do total destes municípios.

Utilizando-se os dados da Pesquisa MUNIC 2006 e 2008 se pode dizer, em termos absolutos e relativos, a quantidade de municípios brasileiros nos quais existe o fenômeno do mototáxi. Contudo, o mesmo não pode ser dito no que diz respeito à quantidade de viagens/dia realizadas em cada um deles.

A informação do total de viagens diárias, também denominada de demanda de transportes, pode ser apurada mediante a aplicação de *Pesquisa de Demanda de Transportes ou Pesquisa de Origem e Destino de Viagens*, viabilizando a confecção da matriz de viagens entre um ponto de origem e um de destino numa determinada cidade. Devido ao custo de coleta desta informação, poucas são as cidades brasileiras a disporem de tais dados.

A Matriz O/D da Região Metropolitana de Fortaleza – RMF (1996) apresentou um total de 5.871 viagens/dia, o que representava 0,3% da demanda total de viagens por todos os modos e motivos na RMF. A Pesquisa Domiciliar de Transportes Urbanos – PDTU/1997, do Município de Campina Grande, identificou a realização de 2.112 viagens/dia por mototáxi, o que representava 0,4% da demanda total ou 1,4% da demanda por transportes públicos (OLIVEIRA JÚNIOR, 2003). Observa-se que embora exista grande diferença na escala das cidades, em termos percentuais os valores são assemelhados entre si.

Outros estudos apresentaram informações sobre o mototáxi, por exemplo: Estimava-se que em Ribeirão Preto/SP um total de 1.200 mototáxis atendia cerca de 12.000 passageiros/dia ou 6,5% das viagens diárias por transporte público (LAPATE, 1999 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2003). Pesquisa realizada em 12 corredores de tráfego de Fortaleza demonstrou que o mototáxi representava 8,1% da demanda de tráfego dos corredores, 18,5% das motocicletas em circulação nestes corredores e 10,2% dos veículos contados (PMF, 2000 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2003). O que demonstra a força do fenômeno do mototáxi como fato social que não pode ser ignorado pelos legisladores e pela justiça.

Embora pequena a representatividade do modo mototáxi na matriz de viagens destas cidades, o mesmo não pode ser dito daquelas cidades nas quais tal modalidade exerce na prática a única opção modal de transporte público, uma vez que o modo táxi não consegue atender as viagens pendulares (casa-trabalho-casa) em razão do elevado custo. Entretanto, permanece o problema jurídico da regulamentação de tais transportes públicos.

Outra limitação da pesquisa MUNIC (IBGE, 2006 e 2008) é não apresentar a informação sobre a regularidade constitucionalidade das leis municipais. Em alguns casos, sabe-se que a legislação teve origem no legislativo municipal, suscitando a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade por vício formal de origem, assim como, tem sido

ressuscitado o instrumento da autorização administrativa, fazendo surgir vício material, uma vez que existe vedação constitucional para delegar serviços públicos por tal instrumento.

Tais situações podem suscitar ADINs nos Tribunais de Justiça dos Estados, com possibilidade de repercussões nos atos jurídicos realizados na vigência da lei municipal, isso sem falar dos impactos na responsabilidade civil do Estado e dos “autorizados”, caso se estabeleça o nexo de causalidade entre a omissão de dever do Estado e o dano causado ao usuário ou não-usuário do transporte ilegal, pelo simples fato do serviço estar sendo prestado ao arrepio da lei ou com vício formal e/ou material da lei instituidora do mototáxi.

Capítulo 2 Natureza Jurídica do Serviço de Mototáxi

2.1 Aspectos constitucionais dos serviços de transportes públicos de passageiros no âmbito do município

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) definiu a competência de cada um dos entes federados no tocante a prestação de serviços públicos de transportes de passageiros. À União compete estabelecer diretrizes e normas de caráter nacional que possam dar unidade as ações de governos nos seus diversos níveis hierárquicos. Tal princípio de separação das atribuições por entes da federação reforça a autonomia dos Estados e Municípios para estabelecerem seus sistemas de transportes públicos de passageiros, quaisquer que sejam os modos (táxi, mototáxi, ônibus, microônibus, etc.) que o poder público municipal entenda servir para a prestação do serviço de transporte.

No art. 22 da Constituição Federal se observa este preceito.

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

IX – diretrizes da política nacional de transportes;

XI – trânsito e transporte;

Parágrafo único – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Embora a União detenha a legitimidade para legislar sobre tais assuntos, a questão específica do transporte urbano foi definida pela Constituição Federal como assunto de caráter local, sendo tal atribuição repassada às municipalidades. Na Constituição Federal todo um capítulo foi dedicado às municipalidades (Capítulo IV – dos Municípios), o que reforça o seu reconhecimento como ente autônomo dotado de capacidade legislativa.

A própria Constituição Federal é quem estabelece a autonomia municipal para legislar e regulamentar as atividades de transporte público de passageiros em suas cidades devido ao caráter de assunto de interesse local (CF, art. 30, I) que este assume, pois nada mais próprio do município do que a estruturação do seu sistema de transporte público

para atender de forma satisfatória o conjunto da população. Associado ao Inciso V, que positiva o transporte coletivo como serviço público essencial, de interesse local e que pode ser explorado diretamente ou delegado mediante concessão ou permissão à iniciativa privada, conforme podem ser vistos a seguir.

Art. 30 – Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

MORAES (2002, p. 742) ao comentar o referido artigo defende a competência municipal para se auto-regular. Argumenta quanto à função legislativa exercida pela Câmara de Vereadores, a obediência aos limites estabelecidos pela Lei Orgânica Municipal, definidora das matérias de competência desse poder, bem como daquelas de iniciativa do Poder Executivo, a quem cabe sancionar e promulgar, seguindo o modelo do processo legislativo federal (art. 61, § 1º, II, b, CF/1988).

Na opinião do referido autor:

A atividade legislativa municipal submete-se aos princípios da Constituição Federal com estrita obediência à Lei Orgânica dos municípios, à qual cabe definir as matérias de competência legislativa da Câmara, uma vez que a Constituição Federal não a exaure, pois usa a expressão *interesse local* como catalisador dos assuntos de competência municipal (MORAES, 2002, p. 741).

MORAES (2002, p. 742) ao glosar o Inciso I do art. 30, da CF, afirma que a competência legislativa municipal funda-se no princípio da predominância do interesse local. Afirma que "apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se aos interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) e geral (União)". Finaliza argumentando que "a Constituição enumera algumas hipóteses, de competência municipal (CF, arts. 30, III a IX e 169, § 5º)". Dentre os quais, a regulamentação dos serviços de transporte público de passageiros (CF, art. 30, V).

O caráter privativo da competência da União para "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros" (CF, art. 21, XII, e) associado com a competência municipal privativa da mesma atividade na sua jurisdição (CF, art. 30, V), estabelece por exclusão a competência do Estado para exercer o mesmo papel no âmbito do transporte intermunicipal público de passageiros no território das unidades federadas, embora tal atribuição não esteja no rol constitucional das atividades de competência comum (CF, art. 23), concorrentes (CF, art. 24) ou remanescentes dos Estados (CF, art. 25, § 1º), sendo esta última a que de fato autorizaria tal atribuição, pois, simultaneamente, não pertence a União e nem aos Municípios. Portanto, inexistente vedação constitucional aos entes federados de legislarem sobre seus sistemas de transportes de passageiros, uma vez que cada ente detém sua parcela de competência para legislar, constitucionalmente reconhecida.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF existem Acórdãos favoráveis de Ações de Declaração de Inconstitucionalidade – ADIn tratando de leis estaduais sobre transportes, devido à inexistência de lei complementar, a teor do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal. Enquanto outros reconhecem a competência do estado-membro para legislar sobre o transporte intermunicipal de passageiros e o município para legislar sobre transporte urbano local, mesmo com a ausência de regulamentação infraconstitucional, conforme se extrai da ADIN-2.349-7/ES, da relatoria do Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, em discussão sobre dispositivo da Constituição do Estado do Espírito Santo, assim se pronunciou:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. TRANSPORTE COLETIVO. ARTIGO 30, V DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. TRANSPORTE GRATUITO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. POLICIAIS CIVIS. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal.
2. (omissis).
3. A prestação de transporte urbano, consubstanciado serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo os Estados-membros dispor a seu respeito.
4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente. (ADIN 2.349-7/ES, rel. Min. Eros Grau, 31.8.2005).

Portanto, a análise deve ser casuística na discussão da abrangência da legislação, uma vez que as normas preconizadas pela Constituição Federal, como o caráter privativo da União de legislar sobre trânsito e transportes, estariam afeitas apenas as normas de caráter geral, por exemplo, as regras de circulação de trânsito, limites de peso por eixo em caminhões e ônibus. Não tendo o condão de interferir na produção legislativa estadual ou municipal que dá amparo à exploração dos serviços públicos de transporte de passageiros na sua correspondente área de jurisdição, conforme o comando da exigência de lei instituidora do serviço de acordo com o art. 2º da Lei nº 9.074/1995.

A Constituição Federal – CF define que o Estado não deve exercer atividades econômicas, somente em casos específicos definidos por ela, que sejam de interesse coletivo e de segurança nacional (art. 173, CF). Portanto, a lei maior do país recomenda que tais atividades devam ser exploradas pela iniciativa privada, cabendo ao Estado o papel de regulador, normatizador e fiscalizador destas (art. 174 e 175, CF), reforçado também pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, enquanto princípios constitucionais (art. 1º, IV, CF).

Conforme definição constitucional, os transportes públicos de passageiros podem ser explorados pela iniciativa privada sendo regulados pelo art. 175 da CF, que estabelece a obrigatoriedade de licitação para sua outorga. Isto é, todo e qualquer serviço público de transportes de passageiros instituído no município (ônibus, táxi, metrô, trem, mototáxi ou qualquer outro estabelecido por lei), somente poderá ser outorgado mediante processo licitatório, seja ele em regime de permissão ou concessão. Conforme visto a seguir.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, I a IV).

Os art. 37, XXI (define que os serviços públicos devem ser delegados por licitação pública) e art.175 (institui normas para a Administração Pública licitar tais serviços) da Carta Magna foram positivados pelas Leis nº 8.666/1993, nº 8.987/1995, nº 9.074/1995 e legislação complementar. Constituem o princípio de legalidade que permite a realização dos processos licitatórios para seleção de empresas e/ou autônomos visando à exploração privada das atividades de transportes públicos de passageiros.

A Lei nº 10.233/2001 estabelece o Sistema Nacional de Viação – SNV como aquele formado pela infraestrutura viária e a estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, que se encontram sob jurisdição dos diferentes entes federados – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 2º). Define, também, a atuação da União como sendo "formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais" (art. 3º). Implica dizer que o preceito constitucional da atuação da União (art. 21, XII, e, CF), por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, define sua competência e esfera de ação apenas no âmbito do "transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros" (art. 22, III, Lei nº 10.233/2001), assim como a atribuição "de publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros" (art. 26, I). Definindo as atribuições da União em se tratando da exploração do transporte público de passageiros de âmbito federal, o que sem sombra de dúvida não guarda relação com aquele administrado pelo município cuja competência se circunscreve somente no seu território geopolítico.

2.2 Conceito de serviço público

Doutrinariamente vários autores do direito público discorrem sobre o conceito de serviço público. À guisa de exemplo transcreve-se o entendimento destes renomados doutrinadores.

MOREIRA NETO (1999, p. 323) entende "os Serviços Públicos como uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, consideradas assim por lei, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração". Prossegue argumentando que devido à importância de algumas atividades para a sociedade, caberia ao

Estado assegurar a sua prestação de forma permanente, sem interrupção e todos que dela necessitem sejam atendidos sem distinção.

CARVALHO FILHO (2002, p. 255-257) considera que a definição de serviço público é de difícil consenso, pois possui significação tanto subjetiva quanto objetiva. No âmbito subjetivo, se analisa apenas quem presta o serviço à coletividade, se prestados por órgãos estatais seriam serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e previdenciária. Quanto ao sentido objetivo argumenta poder ser analisado por três distintos enfoques. Quanto ao seu critério orgânico, seria aquele serviço prestado pelo próprio Poder Público ou órgão público, ou seja, o Estado. Enquanto critério formal costuma-se denominar aquele serviço disciplinado pelo regime jurídico de direito público. Por fim, ter-se-ia o critério material, isto é, aqueles serviços prestados em atendimento à comunidade e à população. Entretanto, tais critérios não seriam suficientes para bem caracterizar serviço público, pois nem sempre os critérios são isoladamente aplicáveis, pois alguns deles são prestados por empresas de economia mista, onde se aplica, também, o regime de direito privado. O que requer a aplicação simultânea dos três critérios. Conclui definindo serviço público como "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade".

DI PIETRO (2003, p. 99) considera que serviço público é "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de público". Por sua vez, MEIRELLES (2003, p.319) entende que "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado". MELLO (2003, p. 612) o define como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

GRAU (2008, p. 132-133) afirma que a “significação da expressão serviço público” não poderia ser obtida pela definição conceitual de serviço público. Aponta a confusão doutrinária em afirmar que tal conceito seria indeterminado. Aquilo que se denominaria indeterminação deveria ser entendido enquanto “noção de serviço público”. A noção a ser construída deve ter por referencial teórico as “ideias de coesão e de interdependência social”. Portanto, para GRAU (2008, p. 134) a noção de serviço público dever ser entendida como:

[...] É a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

O reconhecimento constitucional da essencialidade do serviço de transporte público de passageiros e do interesse local deixa claro que a sua prestação é dever estatal, seja de forma direta ou indireta. Nesse viés pode-se reconhecê-lo como serviço público definido pela Constituição Federal de 1988, que no caso do transporte urbano a competência é municipal (art. 30, I e V, CF).

A Lei nº 8.666/93 conceitua serviço público como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais" (Lei nº 8.666/93, art. 6º, II).

É mister esclarecer que o vocábulo “transporte coletivo” (art. 30, V, CF) deve ser compreendido no sentido de que se trata da prestação serviços públicos de transporte de passageiros, abrangendo todas as modalidades de transportes consideradas pela municipalidade para prestá-lo e não apenas os de grande capacidade (ônibus, metrô, trens, etc). Os veículos de transporte individual como o táxi e o mototáxi devem ser instituídos como transporte público de passageiros, pois de fato e de direito são serviços públicos. Desta maneira, acredita-se que tanto na definição constitucional quanto na infraconstitucional, bem como na doutrina, pode-se afirmar que o transporte de passageiros é um tipo de serviço público passível de prestação direta pela Administração Pública, bem como indireta por

delegação a operador privado. No entanto, o serviço permanece público, de interesse local e essencial, e da competência municipal sua delegação.

2.3 Regimes de delegação dos serviços públicos de transportes: a permissão e a concessão

Uma primeira consideração recai sobre o que é passível de delegação. A Constituição Federal fez a opção pela iniciativa privada enquanto agente econômico, inclusive com a possibilidade de também ser prestadora de serviços públicos, por delegação obtida em processo de licitação pública. Portanto, se conclui do ordenamento constitucional, que a delegação de serviço público somente pode ser outorgada em regime de permissão e/ou concessão dada à predominância do interesse público sobre o privado. Não sendo possível a delegação por autorização administrativa devido à predominância do interesse privado na autorização. Todavia, mesmo os serviços privados devem ser fiscalizados e autorizados (regulamentação técnica) pelo poder público, a exemplo do transporte escolar nas cidades.

A análise do marco regulatório com incidência em processos de delegação de serviços públicos pode ser dividida em duas partes. Uma trata do processo administrativo em si, ou seja, as regras estipulando o correto procedimento licitatório, a serem obedecidas pelos entes federados para que o processo de licitação resulte numa outorga de serviço público sem vícios (Lei nº 8.666/1993). A outra regula a prestação dos serviços licitados quanto aos direitos e deveres dos prestadores, dos usuários e do Poder Concedente/Permitente (Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995). Não se pretende exaurir o exame destes diplomas, mas apenas destacar pontos relevantes à discussão dos regimes de delegação utilizados na outorga de serviços públicos de transportes de passageiros, em particular, a permissão de serviços públicos para pessoas físicas ou autônomos.

2.3.1 A Lei nº 8.666/1993 – das licitações e contratos administrativos

A Lei nº 8.666/1993 visa regular o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e definir as normas de licitações e contratos, que permitem estabelecer relações entre pessoas físicas e jurídicas com a Administração Pública, estabelecendo o seguinte:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, *serviços*, compras e alienações serão ***contratados mediante processo de licitação pública*** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (CF, art. 37, inciso XXI, grifo nosso).

Sobre este dispositivo cita-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho *apud* MORAES (2002, p. 882) onde assevera que este "fixa a obrigatoriedade, em princípio, da licitação, para obras, serviços, compras e alienações, que o Poder Público e os entes que dele emanam pretendem contratar. É certo que não deixa de pairar dúvida que esse princípio alcança toda a administração pública indireta, inclusive fundacional". Vinculando, ainda, tal obrigatoriedade, os municípios que pretendam selecionar e contratar operadores privados de serviços públicos (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 8.666/1993). MORAES (2002, p. 882) salienta que "enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação". Por se tratar da *res* pública, o objeto do pacto contratual entre o privado e o público, há de manter uma conduta pautada nos "imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência".

MEIRELLES (2002, p. 25) define que licitação:

É o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro de padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienações de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.

É oportuno destacar que esta lei regulamenta a forma legal que permite aos particulares contratarem com a Administração Pública, em especial, quanto ao procedimento

administrativo requerido ao certame licitatório e a elaboração dos contratos. Na existência de lei específica esta adquire caráter de norma geral naquilo que não conflitar com a lei especial, conforme se observa no art. 124, da Lei nº 8.666/1993: *"Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto"*. No caso específico dos serviços de transporte público de passageiros prevalecem as regras das Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995.

Um aspecto considerado importante é o entendimento do art. 2º, da Lei nº 8.666/1993 quanto ao ajuste ou acordo sinalagmático de vontades entre o privado e a Administração Pública, pois à mesma não importa a denominação dada quando esta firma um contrato administrativo seja este ou não de adesão (característicos dos contratos de concessão e de permissão), não se podendo considerar a permissão de serviço de transporte público um simples ato administrativo, conforme entendem alguns administrativistas, inclusive com a dispensa de licitação pública.

A seguir se observa o dispositivo em destaque.

Art. 2º – As obras, **serviços**, inclusive de publicidade, compras, alienações, **concessões**, **permissões** e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único – Para os fins desta Lei, **considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares**, em que **haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas**, seja qual for a **denominação utilizada** (Lei nº 8.666/93, art. 2º, grifo nosso).

A Lei nº 8.666/93 também define em seu art. 54 que "os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

Assume grande relevância este dispositivo, pois empresta aos contratos resultantes do certame licitatório o atributo de contrato administrativo, o que reforça a linha doutrinária que considera os contratos de adesão utilizados no pacto administrativo com os

permissionários como contratos e não atos administrativos. Os contratos possuem força vinculante ao edital de licitação, sendo parte integrante do processo administrativo, devendo também "estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam" (art. 54, § 1º, Lei nº 8.666/93). O contrato não pode divergir do edital de licitação e da legislação que regula a delegação de serviços públicos. Assim como o edital, que possui elementos obrigatórios, também, deve ser a redação da minuta do contrato integrante do edital, bem como o contrato assinado com o outorgado. Deve-se constar as cláusulas obrigatórias de acordo com a norma regulamentadora do serviço público delegado.

A verdadeira compreensão de tais dispositivos trará repercussões na discussão das leis municipais. O entendimento de que se trata de ato administrativo poder-se-ia não realizar a licitação pública e distribuir discricionariamente a autorização administrativa, burlando-se o certame licitatório e a própria regulação federal. Implica dizer sim, que o contrato de adesão utilizado no regime de permissão é também um contrato administrativo sujeito às mesmas regras do contrato de concessão (Lei nº 8.987/1995, art. 40, parágrafo único), incidindo sobre tal relação, a previsão do art. 37, § 6º, CF/1988 e art. 25 da Lei nº 8.987/1995, ou seja, a imputação objetiva da responsabilidade civil.

2.3.2 A Lei nº 8.987/1995 – da concessão e permissão de serviço público

A Lei nº 8.987/1995 fixa regras jurídicas para a delegação dos regimes de concessão e permissão na prestação de serviços públicos, constitucionalmente definidos no art. 175 (art. 1º, parágrafo único). Estabelece especificações do serviço a ser delegado e as obrigações dos contratantes, os deveres dos concessionários, permissionários e do Poder Público, os direitos dos usuários, a política tarifária, bem como, detalha precisamente as cláusulas licitatórias exigidas na Lei nº 8.666/1993, pois se trata de lei especial e prepondera em relação a regra geral, mas sem contraditá-la.

Para o caso em análise, encontram-se definidos os conceitos de regime de delegação e dos contratantes da seguinte forma:

a) **Poder Concedente:** estabelece os entes federados (União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município) como pólos ativos da relação contratual "*em cuja*

competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão" (art. 2º, I);

b) **Concessão de Serviço Público:** define como "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado" (art. 2º, II);

c) **Permissão de Serviço Público:** conceituada como "a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco" (art. 2º, IV).

Embora textualmente não defina o que sejam concessionários e permissionários, depreende-se da definição dos regimes de delegação, que somente podem ser concessionários, as empresas com personalidade jurídica ou consórcios delas e, aos permissionários faculta a possibilidade de ser pessoa física ou jurídica, ou seja, tanto um autônomo quanto uma empresa podem ser investidos na condição de permissionários, mas na concessão restringe a investidura somente às pessoas jurídicas. Conclui-se que apenas no regime de permissão é possível delegar serviços públicos a pessoas físicas. Sendo tal distinção a razão da existência destes dois regimes de delegação da prestação de serviço público por pessoas privadas.

Outra questão polêmica reside na imposição de prazo determinado na concessão e na ausência deste na permissão, mas por não ser possível contratar por prazo indeterminado com a Administração Pública, aplica-se à permissão, a norma de caráter geral da Lei nº 8.666/93 em seu art. 57, § 3º. O entendimento da obrigatoriedade de prazo determinado é reforçado pelo disposto no art. 5º da Lei nº 8.987/1995, ao exigir do Poder Público a emissão de ato administrativo justificativo da escolha do regime de delegação, inclusive com objeto, área e prazo.

Quanto à prestação de serviço adequado estabelece o seguinte:

Art. 6º – Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º – Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º – A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º – Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §§ 1º, 2º, 3º, I e II).

Os princípios estabelecidos no referido artigo caracterizam o interesse público sobre o direito individual e privado do concessionário ou permissionário, que devem explorar o serviço público de acordo com estes princípios norteadores. No sentido de melhor explicitar tais conceitos, pode-se exemplificá-los com as questões relacionadas com a prestação dos serviços públicos de transportes com base em OLIVEIRA JÚNIOR (2002, pp. 249-252).

a) **Condições de Regularidade:** a noção de regularidade costuma ser confundida com o conceito de continuidade. Quando aplicado ao serviço de transporte público deve ser entendida como a frequência da oferta de um serviço.

b) **Condições de Continuidade:** tal conceito expressa a ideia de coisa perene ou contínua a ser mantida. Nenhum problema de interesse individual ou de conveniência privada pode interromper sua prestação, uma vez que a população depende do serviço. Aplicando-se ao sistema de transporte público, significa dizer que se deve garantir o seu funcionamento ao longo do dia e noite, de toda a semana, dias úteis e feriados. Não é faculdade do concessionário ou permissionário a definição dos horários e dos dias que deseja trabalhar. Compete ao poder concedente definir as regras de funcionamento do sistema através da legislação (lei, regulamento, edital, contrato, portarias e resoluções) que garanta a continuidade dos serviços.

c) **Condições de Eficiência:** por eficiência compreende-se a adequada aplicação dos insumos condizentes com a oferta dos serviços. Isto é, se o sistema é eficiente, inexistirá desperdício. O aumento de eficiência pode se traduzir na redução dos custos e, conseqüentemente, das tarifas. Desde que o ganho de produtividade seja capturado por mecanismos contratuais da revisão tarifária ou mesmo pela realização de licitação com prazos contratuais de curta duração.

d) **Condições de Segurança:** a oferta dos serviços de transportes com segurança, além dos aspectos de segurança veicular (veículos com idade média da frota em nível compatível com a tarifa, treinamento de motoristas, etc) devem contemplar aspectos relacionados à integridade física e a segurança pública, por meio da implantação de equipamentos que inibam a violência nos transportes públicos.

A motocicleta por sua constituição é um veículo que oferece um risco inerente com potencial de se desencadear o risco adquirido que venha a vitimar e ocasionar danos aos seus usuários. Torná-la um veículo utilizado em transporte público requer além dos cuidados com o treinamento dos operadores, a sua regularização enquanto serviço público devidamente permissionado, pois somente assim possibilita-se a incidência da regra da responsabilidade civil objetiva, o que em caso de acidentes facilita o ressarcimento ou indenização do dano à vítima. Tal mecanismo de minimização dos riscos pode ser acrescido da exigência de apólice de seguro como condição da investidura de permissionário. A ponderação entre o exercício de atividade privada que envolva risco à sociedade pode ser contemporizada com tais tipos de providência pela Administração Pública de forma a proteger o interesse dos usuários de transporte público por motocicleta e também dos não-usuários em caso de acidentes com vítimas.

e) **Condições de Atualidade:** este conceito induz a incorporação de avanços científico-tecnológicos na melhoria da prestação dos serviços públicos, possibilitando que os usuários deles se beneficiem. A melhoria da qualidade dos serviços e a redução da tarifa podem ser advindas de melhores e mais eficientes procedimentos operacionais praticados pelos delegados.

f) **Condições de Generalidade:** significa dizer que os serviços públicos devem ser ofertados a todos que dele necessitem de forma indistinta. Sua oferta não se trata de

favor, mas sim, dever legal. Implica na exigibilidade de quem tenha a competência para instituí-los, bem como de quem os explora. No entanto, o conceito de “todos” é relativo, uma vez que se refere apenas àqueles com capacidade econômica para pagar pela tarifa cobrada.

g) **Condições de Cortesia:** cortesia não significa gratuidade, mas sim o tratamento cortês ou de urbanidade oferecido aos usuários, garantindo-se o respeito e a dignidade da pessoa humana por parte dos operadores de transportes e dos seus prepostos.

h) **Condições de Modicidade das Tarifas:** a regra básica consiste em que o cálculo do preço do serviço público deve refletir as condições de mercado e a capacidade de pagamento dos usuários. Para atender a tal dúplici comando, deve ser módico. A efetiva modicidade possibilitaria maior generalidade dos serviços, beneficiando mais usuários.

Conforme salientado, o foco do trabalho se dá sobre o prestador individual do serviço de mototáxi. Por tal razão, a análise se dará sobre o regime de permissão ficando a concessão restrita a comparações necessárias entre os dois regimes de delegação.

O Capítulo XI que trata das permissões constitui-se num dos assuntos mais polêmicos na delegação dos serviços públicos. Existem correntes doutrinárias que não definem o “contrato de adesão” (art.40, *caput*, Lei nº 8.987/1995), enquanto contrato administrativo, mas sim como ato administrativo. Enquanto outros, efetivamente o consideram um contrato estabelecendo relação bilateral entre os permissionários e o poder público, equiparando-se a permissão à concessão, no que tange aos aspectos contratuais. Outra questão em destaque deve-se ao tratamento jurídico da Lei nº 8.666/1993, que assevera que as outorgas decorrentes de processo licitatório somente podem ser feitas mediante contrato administrativo (art. 2º, parágrafo único, Lei nº 8.666/1993), sendo tal regra aplicável tanto às concessões quanto às permissões.

O parágrafo único do art. 40, da Lei nº 8.987/1995, reforça a aplicação das regras definidas nas concessões também nas permissões. A seguir transcreve-se o citado artigo e, disponibilizam-se os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre esta questão.

Art. 40 – A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes

e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei (Lei nº 8.987/1995, art. 40).

MOREIRA NETO (1999, pp. 332, 340), define concessão como uma forma de contrato administrativo, onde o Poder Público delega a um privado a prestação de um serviço público. Quanto à permissão, afirma que embora a doutrina entenda como ato administrativo discricionário e precário no qual o Poder Público investe um particular na prestação do serviço público, a Constituição Federal no art. 175 a equipara a concessão, exigindo licitação pública e regime contratual de direito público, confirmado pelo comando do art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995, que requer um contrato de adesão para sua outorga. Corroborando o mesmo entendimento de CARVALHO FILHO (2002, pp. 298, 332), ao afirmar que a Lei nº 8.987/1995 "atribuiu à permissão o caráter contrato de adesão, [...] provocando justificável confusão sobre esta forma de delegação. Com esta fisionomia, atualmente inexistente, na prática, distinção entre a concessão e a permissão de serviço público".

MOREIRA NETO (1999, p. 334) entende que:

A contratação é o instrumento obrigatório da transferência de execução de serviço público a um particular e, por isso, tanto a concessão quanto a permissão que a realizam, passaram a ter natureza contratual, deixando de existir, no direito brasileiro, a permissão unilateral de serviço público, que servia para a prestação de menor monta de investimentos, como ocorria, por exemplo, com o serviço de táxi.

A escolha do contrato de adesão e a característica da precariedade na permissão são instrumentos contraditórios, pois em sendo contrato, não seria precário, segundo afirma o renomado autor.

CARVALHO FILHO (2002, p. 332) cita decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1.491–DF, julgada em 01/07/1998, tratando da delegação de serviço móvel celular (Lei nº 9.295/1996) decidiu "que o art. 175, parágrafo único, da CF, afastou qualquer distinção conceitual entre a permissão e a concessão, ao conferir àquela o caráter contratual própria desta". CARVALHO FILHO (2002, p. 332) conclui afirmando que "a maioria do STF considerou que atualmente a

concessão e a permissão de serviços públicos têm a mesma natureza jurídica: contrato administrativo".

CARVALHO FILHO (2002, p. 303) lembra que na elaboração do edital de licitação se deve obedecer às disposições da Lei nº 8.666/1993, onde obrigatoriamente deve constar:

(a) direitos e obrigações do concedente e do permissionário; b) o objeto e o prazo de concessão; c) as condições para a adequada prestação do serviço; d) critério de reajustes das tarifas, etc. É, da mesma forma, necessário que o edital tenha, como anexo, a minuta do contrato, a fim de que os interessados já possam verificar, antes da participação, se lhes são convenientes as cláusulas propostas.

Observa-se que no contrato entre o poder público e os delegatários existe uma relação de força entre as partes, onde predomina a vontade do concedente, em razão de ser do interesse público. CARVALHO FILHO (2002, pp. 152, 162), se referindo ao contrato de concessão argumenta que a desigualdade entre as partes é uma prerrogativa da Administração Pública, uma vez que “visam a alcançar um fim útil para a coletividade”. Reforça sua posição considerando que as "cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração Pública na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada".

É evidente na elaboração da minuta de contrato de um edital de licitação, a existência de um contrato de adesão, cabendo apenas ao concessionário ou permissionário decidir se adere ou não. Ao aderir, aceita as cláusulas redigidas pelo poder público, já que não cabe negociação das mesmas, pois a minuta reflete as regras estabelecidas na legislação, cabendo à Administração Pública e aos seus delegatários a fiel obediência, na medida em que o princípio da legalidade não pode ser ignorado. Quando da consulta pública do edital, o conteúdo substancial das cláusulas não pode ser alterado em função daquele princípio, o que não o descaracteriza como contrato de adesão.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990) define em seu art. 54 que "contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela

autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

De acordo com FIÚZA e ROBERTO (2002, pp. 62-63, 68), "o contrato de adesão tem seu conteúdo previamente preparado por uma das partes, cabendo à outra aceitá-lo ou não sem a possibilidade de discuti-lo". Segundo aqueles, "nos contratos de adesão não é possível à negociação do conteúdo substancial da obrigação". Na relação jurídica entre o poder público e os delegatários em regime de permissão dos serviços públicos de transportes do modo mototáxi, via de regra, os editais de licitação ofertam uma quantidade de vagas que muitas vezes superam a centena, sendo inviável ajustar contratos individuais com cada um dos permissionários. Outra razão decorre das regras gerais dos serviços, que são homogêneas e obrigatórias a todos os permissionários, sendo mais econômico estabelecer contratos de adesão com os mesmos. Consideram que o "contrato de adesão não é uma categoria contratual autônoma, nem um tipo contratual, mas, sim, uma técnica diferente de formação do contrato, podendo ser aplicada a inúmeras categorias contratuais".

Portanto, conclui-se que dada a característica unilateral pela qual o poder concedente pode elaborar o edital de licitação com a minuta de contrato refletindo a legislação preexistente. Pode-se considerar que tanto na concessão quanto na permissão, o que prevalece é a técnica do contrato de adesão, como forma de contrato administrativo e não um ato administrativo, no caso da permissão.

A inércia da Administração Pública em realizar as licitações públicas para regularizar a situação jurídica dos milhares de prestadores de serviços públicos de transporte de passageiros nos âmbitos municipais, estaduais e da União, que operam serviços públicos sem o devido diploma legal e a submissão do processo licitatório ocasionou a dilatação do prazo de regularização pela Administração Pública de tais contratos irregulares, conforme se observa na leitura do art. 42, da Lei nº 8.987/1995 (alterado pela Lei nº 11.445/2007). Na prática, prorrogou-se o prazo para realizar licitações até 31/12/2010, uma vez atendidas às condicionantes estabelecidas na emenda à lei. Entende-se que de fato foi proporcionando um bônus àqueles prestadores irregulares e um reconhecimento da omissão da Administração Pública. Em se tratando do serviço de mototáxi, sua gênese deu-se após a vigência do marco regulatório das licitações e permissões de serviços públicos e, por tal razão, caso tenha havido a criação da lei municipal instituindo o serviço (art. 2º, Lei nº 9.074/1995), a realização do

certame licitatório e a respectiva adjudicação do permissionário na prestação de serviço público são obrigatórios, sendo pouco provável que exista algum vício no processo administrativo de outorga dos serviços, se efetivamente observou o rito legal.

Conforme sustentado, a caracterização da permissão de serviço de transporte de passageiros considerado como contrato administrativo regido pelas Leis nº 8.666/1993 e nº 8.987/1995 é de fundamental importância na análise da responsabilidade civil objetiva do Estado e do permissionário.

Uma vez caracterizado a natureza jurídica do serviço de mototáxi, entendido como serviço público de transporte de passageiros, e da competência municipal a sua instituição, regulamentação e delegação aos operadores privados sob regime de permissão, torna-se necessária a crítica sobre a possibilidade da utilização do instrumento da autorização administrativa enquanto instrumento de delegação de serviço público.

2.4 A Inadequação da autorização administrativa para delegação do serviço de transporte individual público de passageiro por motocicleta - mototáxi

A autorização administrativa tem sido ressuscitada na legislação municipal de criação do serviço de mototáxi em vários municípios brasileiros, tais como: São Luís/MA (Lei nº 3.576/1996 e Decreto nº 19.189/1999); Ribeirão Preto/SP (Lei nº 8.201/1998 e Decreto nº 195/1999); Londrina/PR (Lei nº 8.143/2000 e Decreto nº 265/2000); Iguatu/CE (Lei nº 584/1998); Sobral/CE (Leis nº 140/1997 e nº 376/2002) e Fortaleza/CE (Lei nº 8.004/1997), embora no Edital de Licitação tenha permissionado o serviço. Alguns destes municípios também o consideraram enquanto instrumento da “concessão” para delegação de pessoa física, assim como previram a não realização da licitação pública para a outorga dos serviços, embora se referindo à Lei nº 8.987/1995 como fundamento legal.

A falta de rigor dos legisladores municipais quanto ao uso dos vocábulos de significação jurídica é patente na legislação sobre mototáxi. Utilizam os termos “autorização”, “permissão” e “concessão” como se fossem todos iguais e produzissem os mesmos efeitos legais. O termo “autorização” pode estar essencialmente expressando o sentido literal e leigo da devida “licença” ou delegação do poder público para explorar serviços de transportes de passageiros, que podem ser públicos ou privados. O Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei

nº 9.503/1997) comete tal tipo de atecnia e impropriedade ao tratar do veículo de aluguel no art.135, não fazendo distinção entre a autorização (transporte privado) e a permissão (transporte público) para pessoas físicas prestadoras de serviços de transportes, *in verbis*:

Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente **autorizados** pelo poder público concedente (Lei nº 9.503/1997, art. 135, grifo nosso).

A falta no rigor da técnica legislativa contamina inclusive douto doutrinador. RIZZARDO (2001, pp. 346-347) não faz distinção entre a prestação de serviço aluguel no âmbito privado ou público ao afirmar a necessidade de “prévia autorização do poder concedente, expressa por meio alvará ou qualquer documento que habilite os proprietários a exercer a atividade”. Cita, ainda, a Resolução nº 514/1977 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) que faculta ao serviço de transporte individual por táxi a realização de serviço de lotação, mediante “autorização” do poder competente. Conclui afirmando que “na verdade todos os serviços que exploram economicamente o transporte de pessoas necessitam de autorização, inclusive os ônibus e microônibus”. Contudo, devido à Carta Magna de 1988, os serviços de táxi, ônibus e mototáxi compreendidos enquanto serviços de transportes públicos devem ser licitados para que possam ser prestados por pessoa física. Somente desta maneira estariam devidamente regulamentados e não autorizados como entende o referido autor. Em razão desta confusão legal quanto à utilização da autorização administrativa é que se pretende discorrer sobre sua natureza jurídica, descartando-a como forma de delegação de serviço público de mototáxi.

2.4.1 Natureza jurídica do ato administrativo da autorização

MOREIRA NETO (1999, pp. 112-113) classifica a autorização como um tipo de ato administrativo negocial "que contém uma declaração de vontade da Administração Pública coincidente com a pretensão do particular", onde a vontade do administrado não é importante para a formação do ato, bastando que o mesmo provoque a Administração para que se pronuncie aceitando ou não enquanto vontade pública. Argumenta, ainda, que podem ser também denominados de "receptícios", porque embora sejam unilaterais possuem um "embrião de bilateralidade". Segundo este, a autorização seria a "concordância que a

Administração Pública entende de manifestar discricionariamente com referência a atividades de predominante interesse dos particulares". Conceitua a permissão como a "aquiescência que a Administração Pública julga oportuno e conveniente manifestar, discricionariamente, para um particular vir a exercer atividade em que haja predominante interesse público". Observa-se que ambos são discricionários e a diferença reside na finalidade da atividade, a permissão é de estrito interesse público e a autorização é de interesse exclusivamente privado. No serviço público de transportes de passageiros é patente a *res* pública e, portanto, inapropriada a autorização para sua delegação.

MOREIRA NETO (1999, p. 197), quando se refere aos regimes de permissão e concessão nos ensina que na "Constituição de 1988, o direito positivo desligou-se da tradição doutrinária e assimilou a permissão de serviços públicos à concessão (art. 175, parágrafo único, I, CF), mantendo-se, todavia, a permissão como ato unilateral para transferir, precisamente, a utilização de bens públicos". Prossegue nos alertando que não se deve confundir a "permissão com a autorização, enquanto esta é outorgada no exclusivo interesse particular, a permissão pressupõe o atendimento simultâneo do interesse do administrado e do Poder Permitente", e concluindo afirma:

Reitere-se que ambos os institutos, concessão e permissão têm seus delineamentos básicos na Constituição Federal sempre que se tratem de serviços públicos (art. 175), sujeitando os concessionários e permissionários ao controle permanente de suas atividades no que respeita ao objeto da delegação, ao direito dos usuários e à remuneração tarifária.

Aquele ao distinguir a autorização da licença, enquanto a função de poder de polícia da Administração Pública pondera que "não há qualquer direito preexistente à atividade privada ou ao uso do bem particular" aonde existem "meras expectativas a considerar, o consentimento estatal decorre de um juízo administrativo de que o uso ou atividade pretendidos são compatíveis com o interesse público, juízo este que, evidentemente, poderá ser revisto e alterado a qualquer tempo, daí a precariedade. Não obstante, a autorização poderá gerar direitos para o autorizado perante terceiros". Finaliza concluindo que "a autorização é um ato administrativo constitutivo discricionário, pelo qual a Administração, após julgamento de compatibilidade com o interesse público, concorda com a utilização de bens ou com certa atividade de particulares" (MOREIRA NETO, 1999, p. 302-303).

CARVALHO FILHO (2002, p.339) ao conceituar autorização, nos traz sua concepção, onde considera inadequada a definição de Hely Lopes Meirelles, que utiliza esse ato administrativo para "serviços autorizados" e que "servem para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória". Segundo CARVALHO FILHO (2002, p. 339):

Não há autorização para prestação de serviço público. Este ou é objeto de concessão ou de permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público.

Analizando o argumento de Hely Lopes Meirelles, CARVALHO FILHO (2002, p. 339) contra-argumenta que não:

Parece impossível conceber dois tipos diversos de atos para o mesmo objeto", bem como, não se "convence que a diferença se situe na natureza do serviço público, vale dizer, se é estável ou instável, ou se é emergencial ou não emergencial, como parece pretender aquele grande mestre. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão. Alguns autores exemplificam a autorização invocando a atividade de portar arma ou de derivar a água de rio público. Ora, com a devida vênia, tais atividades são realmente autorizadas, mas estão longe de considerar-se serviço público; cuida-se, isto sim, de atividades de interesse privado, que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido pela Administração, o seu poder de polícia. Por isso é que o Poder Público, nesses casos, confere autorização.

Rebate, também, a argumentação de outros doutrinadores que utilizam o preceito constitucional do art. 21, XII para justificar a utilização da autorização para a delegação de serviço público. No entendimento de CARVALHO FILHO (2002, pp. 339-340):

O art, 21 da CF dá competência à União Federal para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, algumas atividades, como os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, navegação, transportes, etc. Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social. Desse modo, a única interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são os instrumentos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizado.

CARVALHO FILHO (2002, p. 340) pondera que poderia haver erros na denominação do que seria de consentimento estatal e que para dirimir as dúvidas deve-se analisar sua essência. Mesmo que rotulado de autorização, se o serviço for destinado ao desempenho de serviço público, utiliza-se o regime de permissão, mas se tratar de atividade de interesse privado faz-se uso da autorização. Na mesma linha doutrinária de MOREIRA NETO (1999, pp. 302-303), CARVALHO FILHO (2002, p.340) argumenta em definitivo que:

A Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só faz menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos. A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas.

DI PIETRO (2003, p. 219) define a autorização administrativa em seu sentido amplo, como:

Ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem este consentimento, seriam legalmente proibidos.

Entende, a exemplo de CARVALHO FILHO (2002, p. 340), que a autorização "inexiste como delegação de serviço público prestado ao público; na autorização, o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizado" (DI PIETRO, 2003, p. 219).

POMPEU (1992) *apud* OLIVEIRA JÚNIOR (2006, p. 159) traz a doutrina de MENEGALE (1939), que embora antiga resume interessante o conceito de autorização. De acordo com MENEGALE (1939), "a autorização é uma concessão de ocupação do domínio público que não tem por objetivo o funcionamento de um serviço público, a pedido e em benefício de um particular", enquanto que a concessão seria "um contrato que tem por fim um serviço público e encerra, por natureza, obrigações do concessionário, em face da administração e da coletividade". Conclui-se extremamente atuais tais definições, somada à doutrina contemporânea, demonstra a inexistência no ordenamento

jurídico e doutrinário brasileiro da possibilidade da autorização enquanto regime de delegação de serviço público, neste compreendido o transporte público de passageiros, inclusive o mototáxi.

Em se tratando da jurisprudência sobre autorização administrativa ser o instrumento adequado ou não para delegar serviço público a entendo escassa, principalmente, devido aos poucos casos apreciados nos Tribunais de Justiça dos estados, no STJ e no STF, em particular, quando se trata de leis municipais com vícios formais e materiais. Sobretudo, após a Constituição Federal ter elevado os transportes de passageiros à categoria de serviço público, inviabilizando desta forma o uso da autorização para delegar tais serviços, sendo a prática vigente anteriormente ao ordenamento constitucional de 1988 e, a positivação pelas Leis nº 8.666/1993, nº 8.987/1995, nº 9.074/1995 e nº 11.079/2004. É raro encontrar ente federativo que tenha revogado unilateralmente as autorizações e as permissões dadas sem licitação pública, antes e/ou depois da Constituição de 1988, assim como ter realizado novo certame para delegação do transporte público de passageiros, mesmo nos casos daqueles “contratos” com prazo indeterminado de vigência.

Nesse mister, reproduz-se decisão jurisprudencial da lavra da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em discussão sobre o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.918/Tocantins, proferiu o seguinte Acórdão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDATO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS EM CONTRATO DE CONCESSÃO.

I – Ofende o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 a concessão de serviço público sem prévio procedimento licitatório, ainda que a contratada já prestasse atividade delegada pelo Poder Público sob forma de autorização [...]” (RMS nº 6918/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, 15.5.2000).

O relator Min. Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, afastou o uso da autorização como instrumento de outorga de delegação de transporte de passageiros, na seguinte decisão:

Não poderia o Tribunal *a quo* entender que, no caso, a autorização do art. 141 do Dec. nº 92.353/86, já revogado, foi suprida pela permissão tácita dos órgãos estaduais ou municipais porque a empresa embargada vinha

explorando a linha há mais de dez anos com a tolerância da autoridade administrativa, pois a União, no uso de sua competência (art. 21, XII, CF/88), manifestou-se contra a autorização disciplinada no Dec. nº 92.353/86. Com a demora na análise do requerimento da recorrida e manifestada a posição do Executivo, não cabe ao Judiciário modificá-la. Ademais, salvo as exceções previstas na lei, a concessão de linha de transporte interestadual depende de licitação. Precedentes citados – do STJ: RMS nº 6.918-TO, DJ 15/5/2000; do STF: RE nº 214.382-CE, DJ 19/11/1999. (REsp nº 243.540-PB, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 13/3/2001).

Extraem-se dos votos e acórdãos, a impossibilidade do ordenamento jurídico municipal derrogar a legislação federal que regula o assunto, ressuscitando desta maneira a autorização administrativa como instrumento de delegação de serviços públicos de transportes de passageiros. Portanto, conclui-se que a delegação de serviços de mototáxi não é uma atividade trivial exigindo para tanto a realização de estudos técnicos, o planejamento do transporte público nas cidades que pretendam instituí-lo. Requer a concepção de um modelo de regulação que defina as regras de entrada e saída do mercado de transportes, os direitos e obrigações dos permissionários, a instituição da tarifa ou preço público justo e módico. Necessita, ainda, a definição das condições mínimas de segurança para minimizar o risco adquirido de um veículo que possui risco inerente (insegurança veicular característica da tecnologia de duas rodas), mas que pode ser reduzido pela adoção de procedimentos operacionais, treinamento dos permissionários e a conscientização do papel de prestadores de serviços públicos que os mesmos exercerão quando da outorga da delegação e da operação do serviço.

Resta comprovada a natureza jurídica de serviço público da operação de transporte de passageiros por mototáxi, afastando-se assim a previsão da autorização administrativa como forma de delegação dos serviços. Os municípios que escolheram a autorização administrativa como instrumento de delegação incorreram em vício material, por confrontar diretamente a previsão constitucional da delegação de serviços públicos apenas mediante permissão ou concessão. A outorga em regime de permissão é aquele determinado pelo comando constitucional e infraconstitucional para outorgar pessoas físicas na condição de prestadores de serviços públicos.

Daqui em diante será procedida à análise da consequência jurídica advinda de um acidente provocado pelo serviço de mototáxi (legal ou ilegal) que tenha ocasionado

dano à vítima (usuário ou não), em particular, na imputação da responsabilidade civil do prestador de serviço e do poder público municipal frente à conduta comissiva ou omissiva no enfrentamento do fenômeno do mototáxi, presente em 52,7% dos municípios brasileiros.

Capítulo 3 A Responsabilidade Civil no Serviço de Mototáxi

A responsabilidade civil busca a reparação do dano causado a outrem. Este seria o conceito mais simples do que se pretende com a análise da responsabilidade civil do serviço de transporte individual público de passageiros por motocicleta. Este serviço está sendo utilizado pela sociedade brasileira há mais de uma década e possui contornos fáticos que requerem análises mais aprofundadas do problema. Na rua encontramos o mototáxi em situações típicas e atípicas necessitando de soluções jurídicas, pois em muitos casos põe em xeque os paradigmas estabelecidos nos cânones do direito civil e público.

Para abordar sua realidade factual é necessário adentrar na casuística dos problemas originados pelo serviço de mototáxi. De acordo com o Capítulo 1, em 2005 o mototáxi estava presente em 2.622 (47,1%) municípios passando em 2007 para 2.932 (52,7%) em todo o país (IBGE, 2006 e 2008). Contudo, a informalidade na prestação do serviço predomina em 70,5% dos municípios nos quais o serviço existe, sem que tenha havido qualquer ação do poder público no sentido de coibir ou regularizar a situação.

Portanto, como considerar a responsabilização na prestação do serviço caso ocorra um acidente que tenha provocado danos a terceiros (usuários e não usuários) quando se tratar de serviço permissionado ou de serviço informal prestado com a total omissão do poder público municipal? Tem-se duas situações jurídicas a analisar, uma trata de um permissionário de direito e a outra de um “permissionário de fato”. A quem cabe responsabilizar pelo dano causado? Qual a responsabilidade do poder público na ação (permissionário de direito) e na omissão (permissionário de fato)?

Antes de passar a discutir as duas espécies do gênero de responsabilidade civil cabe discutir algumas características do serviço enquanto contrato de transporte de passageiros utilizando-se da abordagem clássica adotada em CAVALIERI FILHO (2007).

3.1 A responsabilidade civil nas atividades de risco

O senso comum entendido como aquele do homem médio capaz de analisar objetivamente que uma motocicleta apresenta um potencial de risco maior quando comparada a outros modos de transportes motorizados, seria suficiente para compreender que andar de motocicleta se constitui numa atividade de risco, independentemente se a mesma está sendo utilizada para fins exclusivamente privado de transporte de passageiros ou para fins de serviço público. No extremo, morar, viver e circular na cidade constituem atividades de risco, seja atravessar uma faixa de pedestre, andar de bicicleta, utilizar o transporte público de passageiros em qualquer modalidade escolhida pelo usuário. Pode-se afirmar que toda a prestação de serviço de transporte público ou privado constitui uma atividade de risco aceita e tolerada pela população para se viver em sociedade.

Nesta linha de raciocínio, CAVALIERI (2007, pp. 142, 153) considera o *caput* do art. 927, do Código Civil – CC (Lei nº 10.406/2002) como a primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, conjugado com art. 187, do CC, definidora da abrangência do abuso de direito, se praticado implica em ato ilícito passível de reparação. Por sua vez, o parágrafo único do art. 927, do CC, seria a segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva, conforme se pode observar abaixo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em razão da abrangência do dispositivo, CAVALIERI (2007, p. 154) passa a dissecar o sentido expresso em “*atividade normalmente desenvolvida pelo autor*” e “*implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Na opinião de CAVALIERI (2007, p.154), o dispositivo autoriza e adota a teoria do risco criado, isto é, tolera-se o desenvolvimento de uma atividade que oferece risco à sociedade, mas devido à necessidade de sua existência e dos benefícios de natureza econômica assume-se a compensação de que “independentemente da culpa, e dos casos

especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Caio Mário, Responsabilidade Civil, p. 284 *apud* CAVALIERI, 2007, p.154). Significa dizer que o risco potencial é compensado pela responsabilização objetiva e com o dever de indenizar em decorrência de um dano causado pela atividade desenvolvida.

CAVALIERI (2007, pp.154-155) afirma que o núcleo da norma seria o vocábulo “atividade” entendida enquanto “conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos”. Devendo, ainda, ser compreendida que também designa serviços, em particular, os serviços públicos, inclusive o de passageiros, quando se discutiu a natureza jurídica do serviço público de mototáxi. Reforça o entendimento de “atividade” enquanto prestação de serviço com a definição do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), podendo-se, do mesmo modo, incluir a definição de fornecedor do *caput* do artigo, enquanto aquele que exerce atividade de prestação de serviços, conforme se verifica em seguir:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

...

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

CAVALIERI (2007, p. 156) procurando entender o sentido de “natureza de risco” posto na norma, busca conceituar a diferença entre *risco inerente* e *risco adquirido*, o que pode ser bastante útil para delinear a abrangência da cadeia ou repercussão da responsabilização do acidente com motocicleta no transporte de passageiros, na medida em que existem riscos “que são inerentes a certos serviços, intrinsecamente atados à sua própria natureza e modo de funcionamento”. O doutrinador defende que existe como diferenciar os riscos inerentes (não suportados pelo prestador de serviço sob risco de inviabilizar a atividade) daqueles adquiridos devidos à má execução do serviço prestado. A ocorrência de risco adquirido se verifica quando:

Bens e serviços não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mas tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido (CAVALIERI, 2007, p. 156)

Quanto à temática, CAVALIERI (2007, p. 156) transcreve citação de Herman Benjamim, um dos autores do projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor.

Em matéria de proteção à saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim *apud* CAVALIERI, 2007, pp. 156-157)

Interpretando o conceito para a situação fática do uso da motocicleta, se reconhece que a mesma possui uma periculosidade inerente e, apenas o seu uso anormal seria capaz de provocar e realizar seu potencial para provocar acidente de consumo, enquanto decorrência do risco adquirido, que se soma ao risco inerente. Este último não é passível de responsabilização, pois “inexiste vício de qualidade por insegurança”, segundo CAVALIERI (2007, p. 157). Por tal razão, raramente dá causa à responsabilização do fornecedor do produto (fabricante da motocicleta). Na opinião do doutrinador seria como responsabilizar o fabricante da corda usada pelo suicida ou de uma faca utilizada em um crime. O que de fato gera a responsabilização é a periculosidade adquirida, quando a insegurança supera a expectativa legitimamente esperada por parte do usuário.

CAVALIERI (2007, p. 157) ao discorrer sobre a periculosidade inerente afirma ser aquela que integra a zona de legítima expectativa do usuário (consumidor) tanto pelo requisito objetivo quanto pelo subjetivo. O primeiro requisito diria respeito à periculosidade inerente a um tipo de serviço e, o segundo, à capacidade do usuário em prever os riscos, ou seja, o risco não seria nenhuma surpresa, coexistindo simultaneamente os requisitos, qualifica-se o risco (periculosidade) inerente. Por exemplo, o usuário pode antecipar as consequências decorrentes de um acidente de trânsito, quando se utiliza de uma motocicleta. Entretanto, via de regra, a periculosidade inerente não enseja indenização, responde o prestador do serviço apenas em razão da periculosidade adquirida. A diferença

entre ambas deverá ser observada na casuística, competindo ao juízo o uso do bom senso para qualificar a periculosidade, distinguindo-as.

3.2 O Dever de segurança na atividade de risco

Uma característica marcante na prestação de serviço de transporte público de passageiro é a obrigação contratual assumida com o resultado certo e determinado. Depreende-se que o transportador deva levar o passageiro até o seu destino são e salvo, atingido tal propósito considera-se executado o serviço. CAVALIERI (2007, p. 158) entende que em se tratando de serviço com obrigação de resultado, a responsabilidade será sempre objetiva.

A prestação do serviço de transporte público de passageiro envolve riscos, existindo probabilidade (maior ou menor) de ocasionar dano, não sendo, portanto, determinística a ocorrência de acidente e muito menos a do dano. A característica de atividade arriscada (risco inerente) não é suficiente para produzir a obrigação de indenizar. CAVALIERI (2007, p. 158) afirma que:

Ninguém viola dever jurídico simplesmente porque exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente admitida e necessária. Milhões fazem isso sem terem de responder por alguma coisa perante a ordem jurídica. A responsabilidade surge quando o exercício da atividade perigosa causa dano a outrem. Tanto é assim que o texto em exame fala expressamente em *obrigação de reparar o dano* e em *autor do dano* – o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico, e não apenas o risco.

O risco inerente da atividade de prestação de serviço de mototáxi não é suficiente para firmar o entendimento de que o dano seria determinístico em razão da inimputabilidade do vício de qualidade por insegurança e à probabilidade incerta de ocorrência do risco adquirido pela má execução da prestação da atividade. A questão firma-se na aceitação social da necessidade de sua existência enquanto modalidade de transporte público, criada por lei, regulamentada e outorgada mediante licitação pública, para que possa ser prestada por operador privado. Compete à sociedade (representada pelos Poderes Executivo e o Legislativo) a ponderação entre risco da atividade *versus* a noção de segurança, enquanto direito do usuário e dever do prestador do serviço.

Embora se saiba *a priori* (em razão do senso comum do homem médio) que a motocicleta (veículo de duas rodas) tenha um risco inerente maior, o dever de segurança não é afastado, pois segundo CAVALIERI (2007, p. 158), “quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá de fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa”.

O doutrinador entende ser esta a “síntese da responsabilidade objetiva”, pois se trata de um “direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da idéia de violação do dever de segurança” CAVALIERI (2007, p. 158). A quebra de tal dever não pode ser estabelecida *a priori*, apenas *a posteriori*, pois somente na ocorrência do risco adquirido é que se aperfeiçoa o dever de indenizar pela materialização da hipótese de incidência e do fato gerador da obrigação de reparar o dano, em razão do comando do art. 927, parágrafo único.

Soma-se à inteligência do artigo o disposto no Código de Defesa do Consumidor em razão do conceito de fato do serviço quando o mesmo é prestado com defeito, segundo o comando do art. 14, §§ 1º a 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O conceito de serviço defeituoso se harmoniza com o do Código Civil, pois somente se considera defeituoso aquele que não oferece a segurança esperada pelo consumidor (usuário), isto também se relaciona à periculosidade adquirida. Da mesma forma, com a responsabilização objetiva do fornecedor de serviço defeituoso. Na opinião de CAVALIERI (2007, p. 159), as duas normas criaram “uma garantia de incolumidade, um dever especial de segurança criado pela lei para todos aqueles que exercem atividades perigosas”. Não se averigua o perigo propriamente, mas sim o defeito na prestação da atividade que por natureza possua riscos inerentes suscetíveis de produzir riscos adquiridos pelo fato do serviço com defeito, pois somente ocorre quando é prestado sem a devida (esperada) segurança. Argumenta, ainda, sobre a noção de segurança, que a mesma:

Tem também uma certa relatividade; depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com a expectativa legítima e a intensidade do risco criado pela atividade, isto é, a probabilidade que ela tem de causar dano. Caberá ao aplicador da norma aferir, em cada caso concreto, o grau dessa periculosidade e a exigência de segurança legitimamente esperada. O que se quer é uma segurança dentro dos padrões da legítima expectativa da coletividade.

CAVALIERI (2007, p. 159) conclui afirmando que “os serviços que geram obrigação de resultado, por exemplo, terão que ser prestados com tal segurança que o resultado alvejado seja efetivamente alcançado – o passageiro terá de ser levado são e salvo ao seu destino”, mesmo que seja transportado em uma motocicleta, o dever de segurança permanece. Implicando ao ente municipal a obrigação de estipular regras rígidas quanto à prestação dos serviços de mototáxi. De tal forma, a oferecer a segurança máxima possível de uma atividade naturalmente possuidora de risco inerente, de maneira a não produzir riscos adquiridos na sua execução, suscitando o dever de reparar o dano ao passageiro, decorrente de um fato do serviço prestado com defeito (acidente que tenha produzido dano à vítima, usuária ou não do serviço de mototáxi). Tal preocupação deverá estar presente na definição da especificação técnica do veículo e do serviço, bem como dos deveres dos permissionários, quando da elaboração do marco regulatório (lei e decreto), da minuta do contrato de adesão que compõe o edital de licitação, assim como durante todo o prazo de execução do contrato de permissão, por meio de treinamento dos permissionários e da fiscalização rigorosa dos serviços por parte do poder público.

Observa-se o quão abrangente é o art. 927 do Código Civil e suas implicações no serviço de mototáxi. Porém, em se tratando de serviço público, outras normas

incidem sobre a atividade. Em particular, a regra da responsabilidade objetiva da Constituição Federal (art. 37, § 6º) incidente sobre as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, prevalecendo sobre o comando das leis civilista e consumerista, sendo repetida tal previsão no art. 25, da Lei nº 8.987/1995.

O estabelecimento da responsabilidade objetiva do Estado e a equiparação da obrigação aos prestadores privados (pessoa jurídica de direito privado) de serviços públicos defluem do preceito constitucional positivado no art. 37, § 6º, CF/1988, que estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No caso em tela, os permissionários de mototáxi por serem pessoas físicas respondem pelo citado art. 927, parágrafo único, do Código Civil, em razão de ser atividade de risco para o direito de outrem, combinado com o regulado pela lei consumerista devido ao fato de ser serviço público prestado no mercado de consumo (art. 14, §§ 1º a 3º, Lei nº 8.078/1990) e em razão do caráter subsidiário do CDC definido no art. 7º, *caput*, da Lei nº 8.987/1995 e da previsão do art. 40, parágrafo único (*“aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”*), da referida lei de concessões e permissões.

No próximo tópico se passa a analisar em conjunto tais normas regulamentadoras da atividade, sob a ótica da responsabilidade do permissionário de motototáxi e do poder público municipal, enquanto ente permitente.

3.3 Análise da responsabilidade civil no serviço de transporte público individual de passageiros por motocicleta – o caso do permissionário de direito e do permissionário de fato

Não se pretende repetir as definições sobre serviço público e a natureza jurídica do serviço de mototáxi prestado por pessoas físicas enquanto permissionários de tais serviços. Vencida a natureza jurídica do mesmo, pretende-se analisar à luz do marco regulatório das concessões e permissões de serviço público, a divisão de responsabilidades entre o operador privado (pessoa física) e o poder público municipal, enquanto pólos do contrato administrativo celebrado em regime de permissão.

O entendimento doutrinário predominante pode ser sintetizado na expressão: “quem tem os bônus deve suportar os ônus”. Funda-se na lógica de que “aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado em nome de quem atua” (CAVALIERI, 2007, p. 234). A sujeição ao regime de direito público das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos também se fundamenta no fato de que a natureza pública do serviço persiste em razão da titularidade permanecer com o ente público permitente – União, Estado, Distrito Federal e os Municípios – constitucionalmente competente para prestá-lo diretamente ou indiretamente por pessoa física ou jurídica.

No caso da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos a abrangência do vocábulo “terceiros” e o dever de indenizar pelo dano provocado pela prestação de serviço público já foi objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, se o mesmo estava restrito ao usuário ou, também, abrangia o terceiro não usuário. No RE-RG nº 591.874-2/MT a questão voltou a ser suscitada em razão de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que dera provimento parcial ao recurso de um caso envolvendo a morte de um ciclista decorrente de acidente com ônibus de uma empresa de transporte público de passageiros, inclusive no pedido foi sustentada a justificativa de repercussão geral para o recurso. O acórdão atacado no recurso extraordinário, embora tenha reconhecido a responsabilidade objetiva da empresa, negou a pensão alimentícia aos dependentes da vítima, segundo se observa a seguir.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE ENVOLVENDO CICLISTA E ÔNIBUS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO – DANO MORAL INDEPENDENTE DE PROVA – RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS INICIAIS.

1. À míngua de prova de que o acidente envolvendo ciclista e ônibus de empresa de transporte coletivo, com morte do ciclista, deu-se por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, a empresa responderá objetivamente pelo dano, seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade.
2. Inexistindo prova de que a vítima fatal de acidente de trânsito desenvolvia atividade remunerada, tem-se por improcedente o pedido de pensão alimentícia formulado pela companheira e pela filha.
3. O sofrimento decorrente do sinistro que acarretou a morte do companheiro e pai independe de qualquer atividade probatória e permite condenar a empresa de transporte coletivo a indenizar a família pela dor causada (STF – Tribunal Pleno – RE-RG nº 591.874-2/MT – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 23.10.2008).

O relator Min. Ricardo Lewandowski sumariza o recurso com o argumento da defesa de que não seria “aplicável à hipótese a teoria da responsabilidade objetiva, porquanto a vítima não era usuária do serviço público prestado pela recorrente”. Sustentou a repercussão geral em razão da “relevância das questões constitucionais debatidas, ante a circunstância de refletir em demandas em que discutia a aplicabilidade da responsabilidade objetiva a vítimas não usuárias de serviços públicos”.

No entendimento do relator Min. Ricardo Lewandowski:

A questão oferece repercussão geral quanto ao aspecto jurídico e econômico, porquanto o seu julgamento definirá se a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, também é aplicável aos casos de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação aos terceiros não-usuários do serviço (STF – Tribunal Pleno – RE-RG nº 591.874-2/MT – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 23.10.2008)

Por fim, transcreve-se a decisão do Tribunal do Pleno do STF quanto à responsabilidade objetiva do prestador de serviço de transporte público de passageiros, extensivo a todos os prestadores de serviços públicos delegados.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (STF – Tribunal Pleno – RE-RG nº 591.874-2/MT – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 23.10.2008)

CAVALIERI (2007, pp. 236-237) sustenta que a responsabilidade estatal, enquanto poder permitente, é subsidiária e não solidária pelas seguintes razões:

- a) o objetivo da norma constitucional, como visto, foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica a do Estado, atendendo reclamo da doutrina ainda sob o regime constitucional anterior. Quem tem os bônus deve suportar os ônus;
- b) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direito e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações;
- c) nem mesmo de responsabilidade solidária é possível falar neste caso, porque a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Antes pelo contrário, o art. 25, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços, estabelece responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

O art. 25, §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.987/1995, estabelece:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

WALD, MORAES e WALD (2004, pp. 386-387) ao comentar tal dispositivo argui ser intransferível a responsabilidade da concessionária

[...] perante o Poder Concedente, os usuários e terceiros. Trata-se aqui da responsabilidade objetiva da concessionária, conforme expressa o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que não é excluída ou diminuída pelo fato de que ao Poder Concedente compete a fiscalização do serviço ou da obra delegados pela via da concessão. A responsabilidade própria da concessionária não exclui a eventual da entidade concedente, com base na mesma disposição constitucional.

CAVALIERI (2007, p. 237) conclui afirmando que o Estado apenas responderia subsidiariamente quando “exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente”.

MELLO (2003, pp. 690-691) sobre a natureza subsidiária da responsabilidade civil do poder público permitente, salienta que:

Pode dar-se o fato de que o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso parece indubitável que o Estado terá de arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente de Estado.

MELLO (2003, p. 691) finaliza afirmando que “os danos de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente”.

A equiparação entre a concessão e a permissão sustentada neste trabalho deve ser modulada em relação à personalidade jurídica do permissionário. Se o mesmo for

pessoa jurídica de direito privado a equiparação é plena e incide sobre a mesma a responsabilidade civil objetiva conforme abordado.

No entanto, em se tratando de permissionário (pessoa física), a fundamentação doutrinária empregada na concessão seria também aplicável, até porque, segundo MELLO (2003, p. 691), “o fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia no lugar do Estado e só pode ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente”, pois se entende que o permissionário também age em nome do Estado e, do mesmo modo, assume as consequências da outorga do serviço por sua conta e risco (art. 2º, IV, Lei nº 8.987/1995).

Portanto, o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao permissionário do serviço de mototáxi, que ao agir e operar em nome do Estado pode causar dano a terceiro além das suas condições financeiras de indenizar a vítima do sinistro, seja este seu passageiro ou não conforme entendimento do STF, quanto ao terceiro sujeito aos riscos das atividades de prestação de serviço público e não apenas aos usuários aos quais se presta o serviço. A interpretação do STF não deve ser restrita apenas aos usuários de serviços de transportes prestados por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, mas sim ao fato da atividade ser uma atividade de risco que sujeita pessoas não usuárias do serviço prestado, podendo-se enquadrar no conceito de “*risco para os direitos de outrem*” do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Portanto, entende-se que o dever de indenizar a vítima do acidente com o serviço de mototáxi abrange tanto o usuário quanto o não usuário, pois ambos estão sujeitos ao risco da atividade de serviço de transporte público em operação na via pública.

O poder permitente age como segurador (responsabilidade objetiva e subsidiária) dos serviços públicos por ele delegado aos prestadores privados (pessoas físicas e/ou jurídicas), uma vez que a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944, *caput*, CC) devendo a vítima ser ressarcida diretamente pelo Estado para “saldar compromissos derivados do exercício de atuação que lhe competiria” (MELLO, p. 691) em razão dos danos sofridos e não indenizados por quem deu causa direta e imediata, sem que se entenda a interrupção do nexo de causalidade, uma vez que o preposto age em nome e em substituição do Estado até o limite dos próprios recursos para indenizar os danos causados à vítima, sejam

estes pessoas jurídicas de direito privado (concessionário/permissionário) ou pessoas físicas (permissionários).

CAHALI (2007, p. 119) diverge da doutrina majoritária quando se trata da exegese constitucional do art. 37, § 6º, CF/1988 ao afirmar que teria trazido uma “inovação mais aparente, que apenas impressiona os constitucionalistas, deixando em aberto o problema antevisto pela doutrina, e que diz respeito à extensão dessa responsabilidade objetiva indenizatória que terá delegado a execução do serviço público àquelas entidades” de direito privado.

A crítica torna-se mais contundente ao dizer:

Com efeito, nossos constitucionalistas, atendo-se à literalidade da nova disposição constitucional, exaurem-se, em termos repetitivos, no sentido de que agora também as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, estariam sujeitas à responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco; mas não afloram a discussão suscitada pela doutrina quanto a saber se, em função dele, poderia o Poder Público – delegante do serviço, autoridade concedente ou permissionária, dona da obra empreitada – ser responsabilizado solidária ou subsidiariamente pelos danos do delegado, concessionário, permissionário ou empreiteiro (CAHALI, 2007, p. 119).

CAHALI (2007, p. 121) sugere o desdobramento da responsabilidade civil pela reparação de danos a terceiro prejudicado com duas indagações: “1) Responde o Poder Público pelos atos danosos causados pela concessionária no exercício da atividade transferida?; 2) Sujeita-se a concessionária ao princípio da responsabilidade objetiva, da regra constitucional?”.

Concorda em parte com o posicionamento de MELLO (2003, pp. 690-691) ao afirmar que a distinção proposta pelo referido doutrinador “nos parece defensável” (CAHALI, 2007, p. 122) ao identificar a responsabilidade subsidiária do poder público delegante para os casos de insolvência do permissionário desde que o dano seja decorrente da própria prestação do serviço permissionado e a responsabilidade exclusiva do permissionário quando não se tratar de dano decorrente da prestação do serviço, o que em tese afastaria o não usuário, pois o mesmo não está recebendo serviço prestado, não podendo repercutir a responsabilidade subsidiária do Poder Delegante.

Todavia, CAHALI (2007, p. 123) admite a exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado em reparar danos a terceiros pelo concessionário, permissionário ou autorizatário fazendo incidir sobre si a sua responsabilização

indireta (por fato de outrem) e solidária, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.

Contrariado admite ser irresistível o comando constitucional (art. 37, § 6º, CF/1988) da responsabilização objetiva pelos danos causados pelos operadores privados (pessoa jurídica) em se tratando da prestação de serviços públicos, mesmo em razão da presumida falha administrativa quanto à escolha ou da fiscalização ineficaz. Persiste em afirmar que ocorreria a “responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como a causa do evento danoso” (CAHALI, 2007, p. 124), afirma que tal posicionamento não confronta o disposto na parte final do *caput* do art. 25, da Lei nº 8.987/1995, *vide* abaixo.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

A argumentação de CAHALI (2007, p. 124) apresenta-se confusa ao trazer para a análise a simultaneidade da ação de fiscalização com falha e a omissão em fiscalizar. Do ponto de vista da vítima, pouco importa tal nuance, pois à mesma interessa receber o *quantum* de indenização na proporção do dano suportado. Observe que as indagações de CAHALI (2007) se encontram superadas pelo Acórdão RE-RG nº 591.874-2/MT/STF.

A questão parece ser mais bem resolvida na análise da conduta da Administração Pública e a do prestador do serviço, quando se puder apurar em que medida a ocorrência da culpa administrativa (a ação faltosa ou omissão da fiscalização) tenha concorrido para o dano injusto suportado pelo administrado. Havendo culpa exclusiva do delegado não há responsabilização do Estado (art. 25, Lei nº 8.987/1995), exceto por inadimplemento da obrigação daquele, pois o dano injusto há de ser ressarcido. Existindo a falha de serviço ou omissão do Estado, no caso do outorgado de direito, cabe ao mesmo o

direito de regresso contra a Administração Pública pelo ônus suportado na imputação da responsabilidade. A mesma deve ser suportada por ambos na medida da extensão do dano com o qual concorreu.

Trata-se do que CAVALIERI (2007, p. 228) denomina de *concorrência de causas*. Isto é, “quando o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de tal sorte que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, devem ser consideradas na determinação da responsabilidade ressarcitória do Estado”. Defende que em tais circunstâncias “a responsabilidade do Poder Público deverá ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa”.

Dialogando com a postura de CAHALI (2007) em transformar a omissão ou fiscalização falha em responsabilidade subjetiva, convém destacar a posição de CAVALIERI (2007, p. 230) quanto à omissão do Estado. Sustenta o autor que a omissão também é albergada pelo art. 37, § 6º, CF/1988, uma vez que “a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva”, não cabendo prosperar a responsabilização subjetiva defendida por MELLO (2003, pp. 871-872).

Quanto à omissão argumenta CAVALIERI (2007, pp. 230-231) que:

O ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva.

A questão da omissão do Estado quanto ao exercício do poder de polícia administrativa será abordado quando da discussão do serviço de mototáxi prestado por operador clandestino.

Embora existam divergências entre doutrinadores, pode-se inferir que a doutrina e jurisprudência majoritária apontam no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços públicos delegados (pessoa jurídica de direito privado). Concordando, ainda, com a possibilidade de responsabilização subsidiária do poder público

delegante em se tratando da falta de capacidade financeira do delegatário em indenizar o dano causado à vítima na execução do serviço público de transporte de passageiros.

Raciocínio análogo ao permissionário (pessoa física), quando se maneja com os dispositivos do Código Civil e o de Defesa do Consumidor, ao reconhecer a responsabilidade objetiva para as atividades de risco e de serviços ofertados no mercado de consumo, assim como o posicionamento doutrinário em se tratando de atividade com obrigação de resultado como é o caso do transporte público de passageiros.

3.3.1. A Responsabilidade civil objetiva por ato legislativo ou executivo inconstitucional na instituição da lei municipal do serviço de mototáxi

Um aspecto peculiar no processo legislativo municipal das leis instituidoras dos serviços de mototáxi vem ocorrendo no país, podendo ser constatado pelo fato de vários municípios terem sancionado leis de iniciativa do Poder Legislativo por razões políticas. Em se tratando da criação de serviço público, tal procedimento se constitui num vício formal de origem de capacidade da iniciativa de leis, por se tratar de atribuição privativa e exclusiva do Chefe do Poder Executivo, ou seja, do Prefeito Municipal e não de vereadores, conforme o modelo constitucional do processo legislativo federal (art. 61, § 1º, II, b, CF).

Outra espécie de vício decorre do aspecto material da lei, quando institui a autorização administrativa como instrumento de delegação ao invés da permissão, conforme visto anteriormente. Portanto, indaga-se qual seria a responsabilidade civil por atos legislativos, em particular daqueles inconstitucionais?

CAVALIERI (2007, p. 256) entende que a lei em sentido material, enquanto ato legislativo, não é capaz de onerar as pessoas, uma vez que se trata de

norma genérica, abstrata e impessoal; seus efeitos, positivos ou negativos, dependem da sua efetiva incidência sobre o caso concreto, quando, então passível de reparação será o ato jurídico ou administrativo que ensejou a aplicação da norma, jamais a lei em tese.

Em regra, aplica-se o princípio da irresponsabilidade do Estado quando disser respeito “a atos legislativos típicos que preordenam a vida em sociedade”. O mesmo entendimento aduz sobre as leis inconstitucionais enquanto permanecerem em abstrato. O

reconhecimento judicial de sua inconstitucionalidade pode suscitar obrigação de reparar àquele que suportou em concreto as consequências da lei reconhecidamente inconstitucional, cabendo ao responsável pela promulgação a responsabilização civil pelo dano causado (CAVALIERI, 2007, p. 256).

JUSTEN FILHO (2008, p. 961) tem o mesmo entendimento de CAVALIERI (2007) e afirma a existência de três situações nas quais pode ocorrer a responsabilização do Estado pela “edição de lei inconstitucional e a edição de lei materialmente defeituosa, e a responsabilização civil por omissão legislativa”.

No presente trabalho não será averiguada a questão de constitucionalidade das leis municipais que tratam do serviço de mototáxi, apenas se destacará as possíveis implicações decorrentes da afirmativa de JUSTEN FILHO (2008) em se tratando da responsabilidade civil.

Os marcos regulatórios de mototáxi de São Luís/MA (Lei nº 3.576/1996 e Decreto nº 19.189/1999); Ribeirão Preto/SP (Lei nº 8.201/1998 e Decreto nº 195/1999); Londrina/PR (Lei nº 8.143/2000 e Decreto nº 265/2000); Iguatu/CE (Lei nº 584/1998); Sobral/CE (Leis nº 140/1997 e nº 376/2002) e Fortaleza/CE (Lei nº 8.004/1997) são detentoras de vício formal de origem da proposição, em razão da iniciativa do Poder Legislativo, ou de vício material por terem adotado a autorização administrativa enquanto regime de delegação do serviço público, sem que tenham sido declaradas a sua inconstitucionalidade até o presente momento, segundo consulta nos Tribunais de Justiça dos respectivos estados.

Desta maneira, quais seriam as implicações para os prestadores de serviço de mototáxi caso fossem declaradas inconstitucionais tais normas? Considerando-se a incidência da “responsabilidade civil do Estado em virtude da edição de lei defeituosa ou inconstitucional, cujo desfazimento produz lesão a terceiros” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 962). Sendo do mesmo entendimento a jurisprudência do STF nos seguintes julgados:

A orientação da doutrina, desse modo, tem-se fixado, na análise desse particular aspecto do tema, no sentido de proclamar a plena submissão do Poder Público ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho

inconstitucional da função de legislar (Voto Min. Celso de Mello *apud* JUSTEN FILHO, 2008, p. 963)

Uma vez praticado pelo Poder Público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas consequências (Voto Min. Cândido Mota Filho *apud* JUSTEN FILHO, 2008, p. 963)

JUSTEN FILHO (2008, p. 963) é categórico no sentido de concluir que “a resenha doutrinária e jurisprudencial que vem de ser feita acentua, a meu juízo pessoal, o extremo relevo que assume a questão referente à indenização patrimonial dos prejuízos causados por ato inconstitucional emanado do Poder Público”.

Embora o objetivo da pesquisa seja a imputação da responsabilidade civil com o foco no dano injusto suportado pela vítima, não se poderia deixar de observar a possível repercussão sobre os contratos administrativos de adesão dos permissionários e/ou “autorizatários” que teriam de ser denunciados, em face da lei declarada inconstitucional, ensejando a indenização por quebra contratual à luz da Lei nº 8.987/1995. Possibilitando demandar contra o poder público municipal por lucros cessantes em razão do que deixaria de auferir com a atividade ao longo do contrato assinado com o poder municipal.

O vício material da autorização administrativa e a interpretação da desnecessidade de realizar o certame licitatório para a prestação de serviço público por pessoa física constituem ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da administração pública tipificados na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.492/1992), nos seus arts. 11 e 12, III. Além dos aspectos ressarcitórios da responsabilidade civil, outras implicações danosas podem ser verificadas, proporcionando o ressarcimento de danos aos prejudicados, inclusive impactam o próprio agente delituoso devido às sanções legais decorrentes da improbidade administrativa surgida pela conduta antijurídica do Administrador Público.

É mister salientar que no atual modelo de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, enquanto a incidência da lei não for afastada por inconstitucionalidade, permanece provocando efeitos de ordem legal no tempo, bem como possibilitando a constituição de atos jurídicos com seu fundamento, inclusive a promulgação de decretos regulamentadores, a realização de licitações públicas e a assinatura de contratos administrativos de adesão na outorga das permissões dos serviços. Desta forma, quaisquer

sinistros decorrentes do serviço de mototáxi outorgado com base em leis com vícios formais e/ou materiais, enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade são válidos os atos jurídicos e do ponto de vista da responsabilidade civil do permissionário incide a responsabilidade objetiva do comando constitucional do seu art. 37, § 6º e infraconstitucional do art. 25 da Lei nº 8.987/1995.

3.3.2. A Responsabilidade civil extracontratual comissiva e omissiva estatal no serviço de mototáxi

JUSTEN FILHO (2008, p. 950-951) introduz ponderações sobre a responsabilidade do Estado à luz do preceito constitucional (art. 37, § 6º) que a considera contratual, inclusive da pessoa de direito privado prestador de serviço público, sobre a qual não diverge da doutrina e da jurisprudência quanto à responsabilidade objetiva do Estado.

JUSTEN FILHO (2008, p. 950-951) aborda a questão da responsabilidade enquanto decorrente de conduta resultante de infração do dever jurídico de origem extracontratual. Enumera três requisitos para que se configure a responsabilidade civil extracontratual do Estado: “a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal”.

O liame que vincula a ação ou omissão ao dano é o que se denomina de nexo de causalidade. Segundo a opinião de JUSTEN FILHO (2008, p. 951-952), deve ser “necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso”. Adverte que a imputação não pode ser simplista, devendo a análise factual ser bastante criteriosa para que se comprove “se o evento foi propiciado pela atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais”. Se for positiva a resposta, “existe responsabilidade civil”. Prossegue e afirma ser tal obrigação resultado da aplicação da *Teoria do Dever de Diligência Especial* subordinadora dos atos estatais e, também, serve para “eliminar as dúvidas sobre os casos de omissão, permitindo identificar com certa tranquilidade as hipóteses em que surge a responsabilidade civil do Estado”.

JUSTEN FILHO (2008, p. 955) ao discorrer sobre a teoria do dever de diligência, diz ser obrigação do agente ao desempenhar uma atividade estatal, a capacidade de “prever as consequências de sua conduta ativa ou omissiva, adotando todas as providências

necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros”, pois sua inobservância redundará em ato ilícito e passível de responsabilização na ocorrência de dano ao tutelado. Reforça seu entendimento ao afirmar:

Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada.

Na opinião de JUSTEN FILHO (2008, pp. 952-953) a antijuricidade é o requisito indispensável para que surja a obrigação de indenizar do Estado. A antijuridicidade enquanto ato comissivo ou omissivo ilícito requereria uma conduta subjetiva do agente. Todavia, embora aparentemente divirja da doutrina predominante da responsabilidade objetiva, a traduz pela assertiva de que se trata da “objetivação da culpa” em razão da investidura especial daquele que possui “competências estatais” e “o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio”.

Na medida em que o Estado (por meio de seus agentes) contrariar “esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta”, sem que exista a necessidade de averiguar a “existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano” JUSTEN FILHO (2008, p. 953). Sua posição é taxativa na relação entre a omissão e a materialidade da vontade de agir ou não, segundo este:

A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.

A questão casuística do serviço de mototáxi operando a revelia do poder público municipal suscita um problema jurídico passível de caracterização da omissão de um dever jurídico estatal que possui duas dimensões. A primeira delas resulta do dever de coibir e reprimir o surgimento e a operação de serviços públicos municipais sem previsão legal e sem a realização de certame licitatório para a devida outorga do particular na prestação de serviços públicos, caracterizando, desta forma, atuação defeituosa do serviço público do poder de polícia administrativa estatal. A segunda decorre da primeira, qual seja, se a opção política do

município é pela não coibição, em razão do ônus político da sua repressão, caberia a obrigação de instituir a lei municipal e a realização dos atos administrativos para a sua delegação, isto é, existe uma omissão em regular e prestar adequadamente o serviço, pois se trata de capacidade privativa do Poder Executivo a iniciativa de leis instituidoras de serviços públicos, bem como prestá-los direta ou indiretamente.

Portanto, os dispositivos legais que regulam a delegação de serviços públicos implicam na proibição do seu exercício sem delegação (Decreto-Lei nº 3.688/1941 e Lei nº 9.503/1997), apenas isto seria suficiente para caracterizar a antijuricidade do poder público municipal frente à omissão de coibir ou de regulamentar, assumindo desta maneira o ônus e a obrigação de indenizar os possíveis danos sofridos pela população usuária ou não de serviços de mototáxi operando com a conveniente convivência e conduta omissiva do poder estatal. Negando-se a exercer suas competências constitucionais e legais assume o risco adquirido pelo exercício de uma atividade de serviço de transporte público feito a sua revelia.

A competência municipal em instituir a lei de criação do serviço público de transporte de passageiros por motocicleta tem fundamento constitucional nos dispositivos do art. 30, I, II e V, CF/1988, assim como no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/1995. Quanto à capacidade privativa de iniciativa do Poder Executivo para propor a criação de serviços públicos decorre da obediência ao comando constitucional do art. 61, § 1º, II, b, da CF/1988, que regula o processo legislativo federal devendo ser observado no processo legislativo dos demais entes federativos.

Por sua vez, a delegação da prestação de serviços públicos para pessoas privadas (por exemplo, permissionários de mototáxi) deve obedecer aos comandos das Leis nº 8.987/1995, que regulamenta as concessões e permissões de serviços públicos e nº 8.666/1993, que rege o processo administrativo da licitação pública de tais serviços. Na ausência de normativa municipal própria devem ser utilizadas as referidas leis e na sua existência não pode contrariá-las.

A não observância do marco regulatório disponível para a instituição do serviço municipal de mototáxi já constitui antijuridicidade própria caracterizadora de ato ilícito do Poder Público Municipal, que devido à sua omissão, tolera a existência de serviços de mototáxi em 52,7% dos municípios brasileiros, dos quais 70,5% são clandestinos e ilegais.

O fato social do serviço de mototáxi passou a existir com a prática de proprietários de motocicletas realizando o transporte de passageiros mediante a cobrança de uma tarifa pela prestação do serviço, sem que para tanto estivessem investidos pelo poder estatal municipal na função pública de permissionário de transporte público de passageiros. Inexistem lei e decreto regulamentador, licitação, outorga dos serviços públicos e, muito menos, assinatura do contrato administrativo de adesão. Os mototaxistas surgiram como párias sociais e aos poucos adquiriram organização social e sindical de uma atividade ilegal. Num segundo momento receberam apoio da sociedade pelo serviço que prestavam, conquistaram poder político-eleitoral enquanto categoria organizada e, assim, pressionaram o poder público (Legislativo e Executivo) no sentido da regulamentação, seja pela criação do serviço público no âmbito municipal ou da categoria funcional no plano federal, exemplo mais recente é a Lei nº 12.009/2009, que regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros por motocicleta, o mototaxista. Todavia, embora exista uma regulamentação federal da profissão, a instituição do serviço público continua sendo uma prerrogativa municipal. Portanto, é nesse ambiente juspolítico que a análise do ato omissivo estatal deve ser pautada.

MELLO (2003, p. 709) empresta dois sentidos ao poder de polícia do Estado. Em sentido amplo diz que a atividade estatal limita a liberdade e a propriedade do indivíduo condicionando-as ao interesse público, exercendo tal poder mediante atos oriundos tanto do Poder Legislativo e quanto do Executivo. A atividade privada é tutelada pelo Estado em prol de um bem coletivo maior. Em sentido mais estrito entende a atuação de tais entes a partir das limitações impostas pelos marcos regulatórios destinados “a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”. Denomina esta atuação mais restrita de poder de polícia administrativa.

Desta forma, existindo dispositivos legais que tutelem o exercício da prestação de serviços públicos por pessoas privadas, estas não podem por conta própria exercer atividade típica de Estado (prestação de serviço público) à revelia do poder estatal. Muito menos pode o Estado eximir-se de atuar (conduta comissiva) seja para coibir ou mesmo regulamentar tal tipo de serviço público. Em ambos os casos representa omissão do dever de polícia em seus sentidos estrito e amplo. A inação estatal representa na concepção de JUSTEN FILHO (2008, p. 955) a configuração de uma “infração de diligência no exercício

das competências próprias”, o que possibilitará “a responsabilização civil se produzir ou der oportunidade a dano patrimonial ou moral a terceiro”.

Conclui-se pela existência de um dever jurídico estatal, que obriga a ação do Estado quanto à conduta de enfrentamento do problema originado pelo fato social do fenômeno do mototáxi. Implicando em apenas duas opções comissivas à disposição ao poder público municipal.

A primeira diria respeito à decisão política de não deixar existir tal tipo de serviço. Neste caso, tem o dever de agir no sentido de coibir e retirar de circulação as pessoas físicas ou jurídicas que de forma ilegal exercem atividade de prestação de serviço público de passageiro sem que tenham sido outorgados para tal serviço pelo poder municipal. A segunda seria pertinente a concordância com a existência de tal tipo de serviço de transporte de passageiros. Por sua vez, teria o dever de iniciativa da propositura de lei municipal criando tal serviço, encaminhando-a ao Poder Legislativo Municipal e dando início ao Processo Legislativo Municipal, se aprovado deve sancionar e promulgar, para em seguida regulamentar por decreto municipal e, em ato contínuo, dar início ao Processo Administrativo da Licitação Pública para que possa outorgar as permissões às pessoas físicas vencedoras do certame licitatório.

Após todo este procedimento deve permanecer exercendo o poder de polícia administrativa para coibir o surgimento de novos mototaxistas ilegais (denomino-os de *neoclandestinos*) que não lograram êxito na licitação, bem como permanecer fiscalizando a atuação dos permissionários incumbidos de prestar tais serviços à população de forma segura e minimizar os riscos adquiridos com a má prestação do serviço. O exemplo mais patente é a coexistência de permissionário de direito e o “permissionário de fato”, pela dificuldade da Administração Pública em coibir a atividade ilegal, mesmo após o processo de regulamentação do serviço surgido de maneira clandestina (*vide* Figura 2). Em caso de acidente com vítima e com danos morais e/ou materiais, o poder público municipal responderá subsidiariamente em ambas as situações, tanto do permissionário de direito quanto do “permissionário de fato”.



Figura 2: permissionário de direito do serviço de mototáxi e o “permissionário de fato” no Município de Rio Branco/AC, 2009

Não agir em qualquer uma das duas opções citadas implicará em ato omissivo fazendo surgir à assunção do risco administrativo do poder público municipal (falta do dever específico de diligência conceituado por JUSTEN FILHO, 2008), pois se torna previsível a possibilidade de acidentes causadores de danos aos administrados pela existência de um serviço ilegal de transportes de passageiros, que goza junto à população a aparência de legal (serviço público), pois o mesmo é prestado diuturnamente com a total conivência e ciência da autoridade pública municipal, detentor do dever legal de agir, seja no sentido de coibir, seja no de regulamentar.

A responsabilidade por omissão do Estado tem sofrido mutação tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois a responsabilidade objetiva tem sido aplicada em casos de transporte clandestino que tenham causado acidentes e danos aos usuários. Nesse sentido transcreve-se decisão transitada em julgado em sede de Decisão Monocrática no AgInst. nº 1.110.761/SE, da lavra da Min. Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O relatório contextualiza um agravo de instrumento contra decisão que denegou

recurso especial com base na ausência de prequestionamento e na impossibilidade de análise de matéria fático-probatória pelo STJ. No entanto, por se tratar de matéria exclusivamente de direito (arguição de ilegitimidade do agravante na lide), o agravo de instrumento foi conhecido.

O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Sergipe (DER/SE) agravou da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe alegando não ser parte legítima no pólo passivo da ação em razão do acidente ter ocorrido em rodovia municipal e o transporte estava sendo realizado nos limites do território do município de Poço Redondo. Desta maneira, não teria competência para fiscalizar o serviço, devendo ser demandado o referido município possuidor de contrato de transporte com o proprietário do ônibus acidentado. Pediu a reforma da decisão prolatada pelo TJSE.

Na análise do mérito, a Min. Eliana Calmon afirmou que a questão da legitimidade fora dirimida pelo Tribunal *a quo*, pelo confronto da Lei Estadual nº 3.480/1994 e o art. 175, da CF ao reconhecer a “responsabilidade objetiva do transportador e de responsabilidade subsidiária do ente público (DER) pelo evento fatídico, decorrente da omissão de fiscalização do transporte coletivo de passageiros em vias de município interiorano” (STJ – Decisão Monocrática – AgInst nº 1.110.761/SE – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 03.04.2009). A Relatora confirmou a decisão do juízo *a quo* e manifestou o seguinte entendimento:

Expendendo um estudo da *quaestio sub examine*, entendo que razão não assiste ao recorrente, conforme acertadamente manifestado pelo magistrado *a quo*, ao asseverar que o transporte rodoviário é um serviço público, não constituindo atividade econômica de livre iniciativa e concorrência, mas uma atividade passível de delegação à iniciativa privada, cabendo ao Poder Público a disciplina e a fiscalização da prestação de tais serviços, estando assim sujeita ao Poder de Polícia da Administração Pública Estadual, por razão de segurança dos usuários do serviço (STJ – Decisão Monocrática – AgInst nº 1.110.761/SE – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 03.04.2009).

Bastante ilustrativo o voto da relatora quando relaciona os limites da iniciativa privada frente ao interesse público e o dever de diligência especial do poder público ao qual se refere JUSTEN FILHO (2008) e MELLO (2003).

Sobre a questão analisada no voto da relatora transcreveu-se a decisão do juízo *a quo* demonstrando que a existência do serviço clandestino era conhecida de longa data

por parte do Poder Público, sem que o mesmo coibisse, fiscalizasse ou concedesse o serviço, que embora de sua competência, era patente a incapacidade de fornecê-lo à população que dele necessitava. No acórdão introduziu-se o conceito de “concessionário de fato” equiparando-o ao “concessionário de direito” para responsabilizá-lo objetivamente pelo dano ao usuário e de forma subsidiária ao poder público em razão do inadimplemento da obrigação, conforme se observa da transcrição do Acórdão do Tribunal *a quo*.

Essa espécie de transporte alternativo existe há longa data - f. 109/110 – sob as vistas do poder público - cuja fiscalização e repressão competiria ao DER/SE, como concedente do serviço de transporte coletivo intermunicipal, com fulcro na mesma Lei Estadual 3.480/94 c/c art. 175 da Constituição Federal.

Demais disso, justificada tal existência de transporte não regulamentado em razão da deficiência do DER/SE em não proporcionar tal serviço público a essa população, para quem ele se apresenta como essencial, imprescindível.

Nesse caso, o prestador de serviço de transporte clandestino em causa passa a se constituir num concessionário de fato, o que conduz à responsabilização subsidiária do segundo demandado, para que, na falta do patrimônio do particular, venha a ressarcir os prejuízos da vítima/passageira (STJ – Decisão Monocrática – AgInst nº 1.110.761/SE – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 03.04.2009)

Por fim, a Ministra Relatora complementou de forma categórica sobre a responsabilização do poder público pela omissão decorrente da falta do exercício do poder de polícia, ao afirmar que:

Não prospera a alegação do recorrente de que teria ocorrido culpa exclusiva do transportador, a meu sentir, porque pré-existe a obrigação inescusável do ente público de promover a fiscalização das rodovias, prevenindo a periclitación da vida dos passageiros de veículos coletivos (STJ – Decisão Monocrática – AgInst nº 1.110.761/SE – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 03.04.2009).

O pedido para reformar a decisão do juízo *a quo* foi denegado em razão do impedimento do STJ em julgar decisão (art. 105, III, CF/1988) fundamentada em direito local, de acordo com o disposto na Súmula nº 280/STF (“por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”) e da Súmula nº 07/STJ (“a pretensão de simples reexame de prova

não enseja recurso especial”). O agravo foi conhecido, mas denegou-se o recurso especial conforme o juízo de admissibilidade exercido pelo Tribunal *a quo*.

No julgado, a distância entre a omissão estatal presente desde longa data, segundo relato extraído do voto do Tribunal *a quo*, e a ocorrência do acidente produzido por pessoa física realizando transporte informal ou clandestino não foi suficiente para afastar o liame do nexo de causalidade entre a omissão (falta de diligência especial do Poder Público) e o dano causado pelo “permissionário de fato” (operador ilegal) ao passageiro em decorrência do fato gravoso do acidente com vítima. Assim sendo, resta configurada a exigência de JUSTEN FILHO (2008, p. 951) quanto à existência de “uma relação de causalidade necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso”.

É mister observar que conforme o acórdão AgInst nº 1.110.761/SE, o proprietário do veículo sinistrado é o Sr. Justino Alfredo dos Santos (pessoa física) e não uma empresa (pessoa jurídica de direito privado), embora tenha sido denominado de “*concessionário de fato*”, quando na verdade seria um “permissionário de fato” exercendo atividade ilegal de transporte público de passageiros. Foi reconhecida a responsabilidade objetiva da pessoa física causadora do acidente com vítima e a responsabilidade objetiva subsidiária do Estado de Sergipe no caso de inadimplemento da obrigação do transportador ilegal, reconhecendo-se assim a relação de causalidade entre a omissão da fiscalização do estado, o acidente e o dano injustamente suportado pela vítima. Aduz-se que a construção jurisprudencial da responsabilização estatal por omissão reconhece a responsabilidade objetiva da atividade de risco do serviço público prestado de forma ilegal em decorrência da omissão do estado em coibir tal atividade e, ao mesmo tempo a responsabilidade objetiva subsidiária do poder público, enquanto garantia à possibilidade de inadimplemento da obrigação pelo imputado de reparar o dano (transportador ilegal).

Mesmo que não se tenha tido acesso aos autos do processo, o liame do nexo de causalidade somente seria cortado se ficasse comprovado que o transporte clandestino operava apenas no âmbito municipal, sem que realizasse transporte intermunicipal de passageiros, mas sim, apenas o transporte intramunicipal, ligando a sede municipal aos distritos na área rural. A quebra do nexo de causalidade se daria em decorrência da ilegitimidade de configurar no pólo passivo da ação, pois a pessoa jurídica competente teria

de ser o município, que teria a legitimidade para delegar e fiscalizar o transporte municipal e não o estado.

Tal hipótese de excludente de responsabilidade por falta de nexo de causalidade ocorreu em sede de Decisão Monocrática no REsp. nº 943.452/SE, da lavra da Min. Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também de recurso contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em razão da comprovação de que o acidente foi ocasionado em função da prestação de serviço de transporte intramunicipal. O recurso não foi conhecido e manteve-se a decisão do acórdão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a seguir reproduzido.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA AUTARQUIA - INCABIMENTO - TRANSPORTE CLANDESTINO REALIZADO EM TRAJETO INTRAMUNICIPAL - DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL EM FACE DE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.

I - Sob uma análise lógico-sistemática da Lei Estadual nº 3.480/94 e da Carta Magna, percebe-se que o D.E.R não detém a competência para fiscalizar o transporte coletivo na esfera intramunicipal, estando apenas inserida em sua seara de atribuições a fiscalização de vias intermunicipais e metropolitanas. Sendo assim, como o transporte coletivo envolvido no sinistro executava, clandestinamente, o trajeto entre Município e um de seus Povoados, não há como responsabilizar a entidade autárquica ainda que subsidiariamente pelos danos morais e materiais, frutos do acidente (STJ – Decisão Monocrática – REsp nº 943.452/SE – Rel. Min. Humberto Martins, decisão: 08.10.2008).

No entanto, fica a lição e o exemplo de que a omissão estatal se apresenta de forma perene e se renova a cada dia em que a inação é perpetrada pelo Poder Público com competência para agir. Imaginemos então a mesma consequência em se tratando do serviço de mototáxi em situação de ilegalidade, considerando-se que surgiu de forma clandestina em aproximadamente 2.932 municípios, dos quais em 865 municípios foram regulados e que permanecem operando à revelia do poder público municipal em 2.067 municípios brasileiros (IBGE, 2008).

CRUZ (2005, pp. 150-151) aborda, a exemplo de JUSTEN FILHO (2008), sobre a necessidade de vínculo do conjunto de causas imputáveis com o evento danoso. Observa-se que na questão fática da omissão, necessariamente existe vínculo entre aquela e o

consequente acidente, pois caso a ação de fiscalização fosse realizada para coibir e retirar de circulação os veículos (motocicletas) utilizados no serviço ilegal por operadores clandestinos, o evento danoso seria eficazmente evitado, pois inexistiria o acidente e o subsequente dano. No caso da ação comissiva (regulamentação da atividade) a vinculação surge tanto por comando constitucional da responsabilidade objetiva do poder público e dos prestadores de serviços públicos (pessoa jurídica de direito público e de direito privado), segundo determina o art. 37, § 6º, CF/1988, combinado com o art. 25, da Lei nº 8.987/1995, assim como da responsabilidade objetiva do permissionário (pessoa física) em razão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, combinado com o art. 14, §§ 1º a 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

CRUZ (2005, pp. 151-152, grifo nosso) transcreve a abordagem de Gustavo Tepetino sobre a análise jurisprudencial em se tratando da pluralidade de causas.

Conclui-se que, diante da pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações:

(1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)?

Se todas as **causas são diretas**, evidenciando-se, pois o vínculo de necessidade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância.

Em se tratando, ao revés de **causas sucessivas**, pergunta-se: (2ª) há necessidade entre o conjunto de causas e o evento danoso?

Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar.

Se positiva, passa-se à terceira indagação (3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.

CRUZ (2005, pp. 152-153, grifo do autor) pondera que em ambos os casos é imprescindível o nexo de causalidade, a fim de que se configure a responsabilidade civil. Adverte ser impossível que qualquer Código consiga identificar todas as causas de todos os casos, pois o problema da causalidade não possui solução teórica. Transcreve Fernando Noronha quando este afirma que “ninguém até hoje, nem entre nós, nem nos sistemas

jurídicos com idêntico preceito, conseguiu explicar em termos satisfatórios, juridicamente razoáveis, quais serão esses danos que devem ser considerados *efeito direto e imediato*”. Acrescenta que “nenhuma solução jurídica pode fundamentar-se apenas em relações causais cegas, antes de partir de juízos de valor, daqueles juízos que estejam subjacentes às normas”. Preferencialmente pela análise do caso concreto ao invés da hipótese abstrata, deve, ainda, possuir um “juízo de razoabilidade, que é fundamentalmente um juízo de valor normativo”.

Suficientemente elucidativo o posicionamento de Noronha *apud* CRUZ (2005), ao esclarecer que a abordagem abstrata construída hipoteticamente para identificar o que é causa principal e aquela acessória somente têm aplicabilidade prática e viável quando se analisa o caso em concreto.

Desta forma, identificam-se três situações possíveis quanto ao fenômeno do mototáxi, observando-se a conduta comissiva e a omissiva do poder público municipal ao se deparar com a questão do mototáxi em seus municípios.

3.3.2.1 A Responsabilidade civil extracontratual comissiva no sentido de coibir o serviço de mototáxi

A *primeira situação fática* ocorre no momento em que surge o fato social e tem início a prestação do serviço de mototáxi de forma clandestina e ilegal. Nesta exata ocasião, o poder público municipal pode tomar a decisão política de não deixar prosperar tal tipo de serviço clandestino e, também, a ele não interessa sua regulamentação. Por conseguinte, verifica-se a conduta comissiva do exercício do poder de polícia administrativa visando coibir, reprimir e retirar de circulação as pessoas e veículos que desenvolvem tal atividade ilegal. Em tese, uma vez erradicado o serviço ilegal de mototáxi, deixa de existir a possibilidade do acidente e o dano consequente. Desta maneira, a conduta comissiva em razão do dever específico de diligência seria medida eficaz “para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros”, segundo opinião de JUSTEN FILHO (2008).

A conduta comissiva da repressão ao transporte ilegal tem fundamento no Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei nº 9.503/1997) ao estabelecer de maneira heterônoma um conjunto de regras de conduta a serem observadas pelo poder público municipal e pelas pessoas que circulam ou trafegam nas vias públicas. Convém lembrar a regra do art. 135, do CTB, quanto à exigência do diploma legal (permissão) da autoridade

competente, enquanto requisito para o registro, licenciamento e emplacamento dos veículos de aluguel utilizados no transporte público de passageiros. A inexistência da placa de característica comercial, na cor vermelha (Resolução nº 45/1998/CONTRAN), no veículo que realiza transporte remunerado de passageiros se constitui em infração de trânsito, segundo o comando do art. 161, *caput*, do CTB, sujeitando o infrator às penalidades e medidas administrativas (art. 230, V e art. 231, VIII) indicadas no CTB, além das punições previstas no Capítulo XIX, que trata dos crimes de trânsito, materializando-se nas hipóteses de incidência das infrações e crimes de trânsito. Assim como, em normas penais extravagantes como o Decreto-Lei nº 3.688/1941, que trata das contravenções penais.

A falta de regramento do serviço instituído pelo poder público municipal ou a sua desobediência também pode desencadear uma série de infrações facilmente observadas nas ruas, tais como aqueles previstos no art. 244, Incisos I a V, do CTB, sujeitando o infrator a multa e suspensão do direito de dirigir. A tipificação do crime de trânsito do art. 291, *caput*, e art. 297, §§ 1º a 3º, do CTB serve de alerta àquele que pretende exercer o transporte remunerado de passageiros com motocicleta esteja o serviço permissionado ou não. Inclusive com a qualificadora do art. 298, V, do CTB, em se tratando do prestador de serviço de transporte de passageiros, assim como decorrente de homicídio culposo (art. 302, IV, CTB) e de lesão corporal culposa (art. 303, CTB) imputando penalidade de detenção, suspensão ou proibição de dirigir. Além das repercussões na esfera privada (perda da liberdade), entende-se que em alguns casos, até agravaria a responsabilidade civil do Estado em razão da omissão implicar em acidente de trânsito com vítimas (lesão ou homicídio culposo) provocado pelo “permissionário de fato”.

Um aspecto favorável da regulamentação em oposição à omissão em não regulamentar a atividade decorre do comando do art. 329, do CTB, ao exigir certidão negativa de crime daqueles que pretendem ser permissionários. Tal regra deveria estar posta no edital de licitação, pois filtra e seleciona aqueles indivíduos probos para serem permissionários.

Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização (art. 329, Lei nº 9.503/1997).

A obrigação de dever em se tratando da obediência aos comandos do CTB pode ser observada no seu art. 3º, assim como a obrigação dos entes federativos criarem seus respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e rodoviários (art. 8º, CTB) para que possam ser integrados ao Sistema Nacional de Trânsito e, desta maneira, fiscalizar o trânsito nas vias públicas municipais que estão sob a jurisdição do município (art. 24, I, V, VI, VII, XI, CTB). Embora, o CTB tenha completado mais de uma década, muitos são os municípios que ainda não instituíram seus órgãos de trânsito. Logo, a inexistência da infraestrutura organizacional capaz de coibir o transporte clandestino com base nos dispositivos do CTB é mais um elemento que se soma à omissão do Estado a ser apurada na responsabilidade civil devido ao acidente com vítimas e com danos produzidos pelo serviço de mototáxi clandestino. Até em razão da possibilidade apreensão, remoção e retenção do veículo (motocicleta) em situação irregular, enquanto medidas administrativas postas à disposição do poder público municipal. Mesmo em si tratando de município que até a presente data ainda não assumiu suas competências constitucionais e legais de gestão do trânsito municipal, o órgão estadual (DETRAN) pode por meio de convênio desempenhar tal ação coercitiva conjuntamente com o poder municipal.

Uma vez exercida a competência e o dever de diligência especial do poder público municipal em coibir o transporte ilegal por meio das medidas administrativas (art. 230, art. 231, VIII e art. 269, CTB) ocorrerão reações legítimas, sendo acionado o poder judiciário para resolver a lide. A confirmação de tal competência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pode ser vista nos seguintes julgados.

Em sede de Decisão Monocrática, na suspensão da segurança SS nº 1.880/RJ, o relator Min. César Asfor Rocha, em caso envolvendo o Município de Barra do Piraí/RJ, na Apelação Cível em Mandato de Segurança nº 2008.001.13393, teve a segurança deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em desfavor do município que recorreu ao STJ. O relator resumiu o caso nos seguintes aspectos:

[...] Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [...] concedeu parcialmente a ordem requerida, determinando ao Município ora requerente a liberação dos veículos apreendidos, de propriedade dos impetrantes, bem como que se abstenha de aplicar a medida administrativa especificada de apreensão, em razão, exclusivamente da infração prevista no art. 231, VIII, da Lei nº 9.503/97, mantidas as demais sanções pertinentes aplicadas.

Segundo alega o requerente, a decisão impugnada causa grave lesão à ordem, à segurança e à saúde pública, na medida em que impede o exercício do poder de polícia do Município relativamente à fiscalização do transporte municipal e intermunicipal de passageiros por empresa ou pessoas não autorizadas, colocando em risco a segurança e a vida da população local. Argumenta que o centro urbano não alcança grandes extensões territoriais, a presença de 23 (vinte e três) veículos de transporte em caráter irregular provocaria verdadeira balbúrdia no sistema de trânsito e transporte, pois as próprias ruas da cidade não aguentariam tal demanda alternativa, trazendo perigo a manutenção da ordem e segurança pública.

Invoca, ainda a existência de coisa julgada material e sustenta que a apreensão de veículos, em caso de transporte irregular de passageiros, está expressamente prevista na Lei Municipal nº 722/2003, que regulamenta o serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município, e que esta medida administrativa não conflita com a pena prevista do art. 231, inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, que possui natureza jurídica diversa (STJ – Decisão Monocrática – SS nº 1.880/RJ – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 13.10.2008).

Na decisão o relator evoca o dever de diligência especial do município e a prerrogativa de organizar e instituir sua política de transportes, conforme se observa a seguir.

No caso, tenho por presentes os requisitos para o deferimento do pedido, pois configurada a grave lesão à ordem e à segurança públicas.

Com efeito, impedir a municipalidade de apreender os veículos de transporte de passageiros exercido de forma irregular, conforme prevê o Código de Trânsito, representa potencial lesivo aos bens tutelados pela lei de regência. Ademais, frustra a tentativa do Município de organizar o sistema de transporte público e de dar segurança à população que dele faz uso.

Observe-se que o fato de a decisão impugnada ter permitido que o Município aplique outras sanções não se mostra suficiente e eficaz ao pleno exercício da política de transporte municipal, uma vez que a restrição imposta possibilita, por via transversa, a continuidade da utilização de meio de locomoção inseguro e ilegal pelos cidadãos.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos do acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 2008.001.13393 (STJ – Decisão Monocrática – SS nº 1.880/RJ – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 13.10.2008).

Em caso semelhante envolvendo o Estado da Bahia, na Decisão Monocrática que suspendeu a segurança SS nº 2.097/BA, o relator Min. César Asfor Rocha reitera seu posicionamento, fazendo alusão à decisão SS nº 1.880/RJ, apresenta resumido relato do caso e passa a decidir, conforme se reproduz a seguir.

A decisão de primeiro grau aqui impugnada deferiu a medida urgente para que a ora requerente 'se abstenha apreender os veículos do Impetrante de transporte alternativo de passageiros e dos seus sindicalizados'. Consequentemente, não aplique a penalidade tipificada no artigo 101, inciso II, da Resolução nº 27 da AGERBA, observando as normas de trânsito, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), somente para a hipótese de apreensão, a qual se afigura excessiva, e responder por crime de desobediência, até ulterior deliberação (fl. 78).

Sustenta a requerente que os sindicalizados da impetrante 'realizam a atividade de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros de forma irregular, visto que não são titulares de concessões ou permissões conferidas pelo Estado da Bahia, após prévio procedimento licitatório' (fl. 10), e que a liminar deferida em primeiro grau causa lesão à ordem e à segurança públicas, potencializando 'o risco da atividade clandestina de transporte intermunicipal de passageiros, que só mesmo a Administração Pública local tem condições de avaliar' (fl. 15). Segundo a requerente, a atividade clandestina não recolhe tributos, não possui padrão de segurança no transporte de passageiros e está à margem da Política Nacional de Trânsito.

A respeito, especificamente da violação da ordem pública, diz que a medida urgente deferida afronta o 'Princípio Federativo', o 'Princípio da Tripartição dos Poderes' e a 'Regra da Licitabilidade' (cf. fl. 17).

Monocraticamente, a Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia indeferiu a Suspensão de Execução de Liminar e Mandado de Segurança n. 22346-7/2009, contrapondo-se às apreensões de veículos – fls. 72-73 – (STJ – Decisão Monocrática – SS nº 2.097/BA – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 03.04.2009).

Ao proferir a decisão o relator foi enfático ao destacar a necessidade do Estado dispor de instrumentos que permita de maneira integrada exercer suas competências para planejar, organizar, fiscalizar e punir as atividades relacionadas ao transporte público de passageiros, conforme se observa na decisão.

Aqui, também, deve-se velar para que o Estado, representado por seus agentes e entidades, exerçam plenamente as competências, interligadas, de fiscalização, de punição e de organização do transporte público, buscando melhorar o serviço de transporte de passageiros em quantidade, qualidade, custo para a população e segurança. A medida urgente deferida em primeiro grau retira do controle do Estado parte do transporte público, havendo risco de grave lesão à ordem e à segurança públicas. Sobre o tema, cito, ainda, o seguinte precedente da Corte Especial: AgRg na SLS n. 989/BA, julgado em 18.3.2009, da minha relatoria.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 2359654-5/2008, da 6ª Vara da Fazenda Pública de Salvador/BA (STJ – Decisão Monocrática – SS nº 2.097/BA – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 03.04.2009).

Do citado Acórdão AgRg na SLS nº 989/BA se extrai a ementa para corroborar com o entendimento do STJ de ser possível a conduta comissiva no sentido de coibir o transporte ilegal, conforme se constata pela leitura das decisões. Não haveria impedimento de ordem jurídica que se interponha ao poder de polícia administrativa do Estado, entenda-se poder público municipal no tocante ao serviço de mototáxi, falta sim, vontade política para enfrentar o problema social criado com o surgimento do transporte ilegal devido ao ônus político.

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO. COOPERATIVA. SUSPENSÃO MANTIDA.

– O controle do Estado sobre o transporte público de passageiros deve ser pleno e munido de instrumentos suficientes para desenvolver, orientar e fiscalizar o setor, bem como punir eventuais infratores. O provimento judicial que repassa ou restringe esse controle encerra grave risco de lesão à ordem e à segurança públicas. Agravo regimental improvido (STJ – AgRg na SLS nº 989/BA – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 02.04.2009).

O voto condutor do relator é didático ao ponderar a prevalência do interesse público sobre privado e a preponderância do poder de polícia em atendimento ao dever especial de diligência conceituado por JUSTEN FILHO (2008, p. 955).

A desordem guiada pela vontade pessoal dos prestadores do serviço público permite, por exemplo, que localidades onde o faturamento é baixo permaneçam sem transporte e que veículos trafeguem, quando conveniente para o transportador, em estradas, locais e horários inadequados e perigosos para os passageiros.

Enfim, o controle do Estado em relação ao transporte público de passageiros deve ser pleno e munido de instrumentos suficientes para desenvolver, orientar e fiscalizar o setor, bem como punir eventuais infratores, não se podendo admitir que uma cooperativa, que atende aos interesses dos cooperados, administre o transporte público alternativo (STJ – AgRg na SLS nº 989/BA – Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão: 02.04.2009).

Assiste e se encontra a disposição do poder de polícia administrativa do município em adição ao CTB, o Decreto-Lei nº 3.688/1941, que regula as contravenções penais. Todavia, o que viria a ser contravenção e crime? De acordo com JESUS (2002, p. 151) o conceito de crime comporta aspectos materiais e formais. O primeiro diz respeito à relevância jurídica do delito ao “constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção”.

Citando Manzini, JESUS (2002, p. 151) entende que delito seja:

A ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei.

Por sua vez, JESUS (2002, p. 151) conceitua que o “crime visa aos bens protegidos pela lei penal. Dessa forma, nada mais é que a violação de um bem penalmente protegido”. No seu aspecto formal, “crime é um fato típico e antijurídico”. Argui inexistir diferença conceitual entre “crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social”. Entendido o conceito de contravenção, enquanto conduta antijurídica passível de sanção, o Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais – LCP) estabelece o tipo penal que proíbe o exercício ilegal da profissão ou atividade. Embora, a contravenção seja de baixo potencial ofensivo, pode dificultar juridicamente a vida do “permissionário de fato”, uma vez que a pena aplicável pode ser de 15 dias a três meses ou convertida em multa de acordo com o Código Penal – CP (art. 49 a 51, Decreto-Lei nº 2.848/1940). Conforme se observa no dispositivo *in verbis*:

Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Na realidade, havendo a caracterização do exercício ilegal do serviço de mototáxi incide sobre o infrator não apenas as prescrições do CTB. Incorre em tipo penal o prestador do serviço, podendo resultar em condenação. Se condenado em sentença transitada em julgado e voltar a exercer a atividade ilegal de mototaxista, entende-se nova contravenção e passível do tipo penal da reincidência prevista no art.7º, LCP, da mesma forma entende JESUS (2002, p. 566), de acordo com o referido artigo *in verbis*:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

A reincidência pode agravar a pena (art. 61, I, CP) em razão da função subsidiária do Código Penal em relação à Lei de Contravenções Penais (art. 1º, LCP). No entanto, limitada ao limite de três meses da pena simples prevista no art. 47, LCP e ao regramento do art. 6º, LCP ou da sanção da multa balizada no intervalo de 10 a 360 dias-multa do art. 49, CP. Entende-se que o exercício de serviço público sem a devida permissão outorgada após certame licitatório configure o tipo penal previsto no art. 328, parágrafo único, do Código Penal, em razão da equiparação atribuída ao exercício da função pública para quem exerce atividade de serviço público delegado (permissionário de serviço de mototáxi) para fins penais de acordo com o art. 327, §§ 1º e 2º, do CP. Deste modo, não se constituiria numa simples contravenção penal conforme acima debatido. Mudando-se de contravenção para crime, a pena seria de reclusão com duração variando entre dois a cinco anos, acrescido de multa em razão da vantagem pecuniária obtida com a prestação de transporte remunerado de passageiros.

Conclui-se da análise dos dispositivos do CTB e da legislação penal, a total condição da administração pública exercer o dever de diligência especial e exercer controle efetivo do serviço de transporte ilegal, seja na esfera administrativa ou penal, dificultando em muito a vida e a atividade daquele que insiste em operar de forma clandestina o serviço de transporte público de passageiro. Diante do exposto, agrava-se a responsabilidade civil do poder público municipal em omitir-se de utilizar tais mecanismos legais para coibir atividades ilegais, deixando o serviço ser prestado à revelia e provocando acidentes com danos a terceiros. O dever de precaução da Administração Pública o impele a agir, a omissão tem todo o condão de incidir sobre o poder municipal a responsabilidade objetiva subsidiária conforme debatido.

3.3.2.2 A Responsabilidade civil extracontratual comissiva no sentido de regulamentar o serviço de mototáxi

A *segunda situação fática* também decorre do momento em que surge o fato social e tem início a prestação do serviço de mototáxi de forma clandestina e ilegal. Neste momento, o poder público municipal pode tomar a decisão política de regulamentá-lo, retirando-o da condição de clandestinidade e irregularidade o “permissionário de fato”.

Deste modo, tem-se uma conduta comissiva do exercício do poder de polícia administrativa em sentido amplo, objetivando criar as condições legais e administrativas para que se possa prestá-lo por pessoa física (permissionário de direito).

Na ocorrência de acidente com dano à vítima, envolvendo operador privado devidamente investido na outorga da permissão do serviço de mototáxi, tem-se a ocorrência da hipótese de incidência da responsabilidade objetiva do operador privado, pois haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar em risco para os direitos de outrem (usuários e não usuários), em razão do comando do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e também, quando caracterizar o dano adquirido decorrente de defeito na prestação de serviço, independentemente da existência de culpa, regulado pelo art. 14, §§ 1º a 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, a responsabilidade subsidiária do Poder Público Municipal, em caso de inadimplemento da obrigação pelo operador privado, decorre de construção jurisprudencial conforme se observou no acórdão AgInst nº 1.110.761/SE, por se tratar de preposto do ente municipal, a exemplo da construção doutrinária em relação ao concessionário, pois também se trata de um preposto.

Na decisão exarada pelo relator Min. Humberto Martins, em sede de Decisão Monocrática, no REsp nº 1.102.027/MG extrai-se do voto do relator o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apesar de não sumulado, quanto à responsabilidade objetiva subsidiária do poder público em relação ao delegatário inadimplente.

Esta Corte tem entendimento segundo o qual a concessionária de serviço público responde objetivamente pelos danos que causar a outrem; situação em que o Estado, na qualidade de poder concedente, responde de forma subsidiária, na hipótese em que esgotem os recursos da prestadora de serviços (STJ – Decisão Monocrática – REsp nº 1.102.027/MG – Rel. Min. Humberto Martins, decisão: 26.02.2009).

A guisa de exemplo se colaciona o REsp nº 738.026/RJ da relatora Min. Eliana Calmon, da 2ª Turma, julgado em 26.06.2007, demonstrando mais uma vez o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.

1. As regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem por danos segundo as regras da responsabilidade objetiva, e, na hipótese de exaurimento dos recursos da prestadora de serviços, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, § 6º, da Constituição Federal)
2. (...) *omissis*.
3. Recurso especial provido (STJ –REsp nº 738.026/RJ – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 26.06.2007).

No AgRg no REsp nº 875.604/ES do relator Min. Humberto Martins, da 2ª Turma, julgado em 09.06.2009, também afirma o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação à responsabilidade objetiva do concessionário e a responsabilidade subsidiária do Estado, conforme visto na ementa.

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANO MATERIAL – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.

A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária.

Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária (STJ – AgRg no REsp nº 875.604/ES – Rel. Min. Humberto Martins, decisão: 09.06.2009).

É pacífica a jurisprudência da responsabilidade objetiva do concessionário e/ou permissionário e da responsabilidade objetiva subsidiária do Estado em razão de inadimplemento da obrigação, colimando-se com o posicionamento doutrinário majoritário.

3.3.2.3 A Responsabilidade civil extracontratual omissiva no sentido de não coibir e de não regulamentar o serviço de mototáxi

A *terceira situação fática* origina-se com o fato social da prestação do serviço de mototáxi de forma clandestina e ilegal. Contudo, ocorre a total inércia do poder público municipal, sem que o mesmo coíba ou regule a sua prestação. Não agir, não

fazer, omitir-se, também é uma decisão política. Deste modo, tem-se uma conduta omissiva tanto do exercício do poder de polícia administrativa quanto da capacidade privativa de propor projeto de lei no sentido de criar o serviço de mototáxi.

Na ocorrência de acidente com dano à vítima envolvendo operador privado não investido na outorga da permissão do serviço de transporte individual público de passageiros por motocicleta tem-se a verificação da hipótese de incidência da responsabilidade objetiva do operador privado e da responsabilidade subsidiária do poder público municipal, conforme arguido no item acima, por equiparação do “permissionário de fato” ao “permissionário de direito”, segundo construção jurisprudencial observada no Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, mantido no Ag. nº 1.110.761/SE, conforme já discutido na Decisão Monocrática transitada em julgado.

PINTO (2008) apresenta pesquisa com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, no período de 1946 a 2006, sobre a posição do egrégio tribunal em relação à responsabilidade civil do Estado por omissão. PINTO (2008, p. 227) afirma que no período de 1946 a 1988, o STF se posicionou pela tradição civilista da responsabilidade subjetiva (com culpa) do Código Civil. Afirma ser tímido o rompimento com a tradição, pois “raros são os acórdãos em que a decisão do Supremo Tribunal Federal apresentou inovação em relação ao entendimento adotado nos demais tribunais pátrios”. Destacando em sua obra, “a existência de alguns retrocessos acentuados”.

PINTO (2008, p. 228) critica o posicionamento do STF ao sustentar que o Tribunal reflete as “insuficiências da doutrina tradicional, já desveladas pela parte da doutrina que defende a unificação do tratamento da responsabilidade por ação e por omissão”, inclusive como melhoria do “acesso à prestação jurisdicional efetiva”. A mudança de posição da doutrina e jurisprudência majoritárias para o defendido pela minoritária somente se dará pelo reconhecimento da “importância da antijuridicidade objetiva (caracterizada pelo dano injusto) como requisito para se configurar o dever de indenizar”.

A síntese do pensamento de PINTO (2008, pp. 228-229) ao propor a responsabilização civil objetiva do Estado por omissão reside na análise da antijuridicidade do dano injustamente suportado pela vítima, conforme se observa a seguir:

A antijuridicidade deve ser buscada na situação jurídica criada pelo fato imputável ao Estado e não no comportamento do agente (caracterizado pela culpa). Em outras palavras, importa a existência de um dano injusto, e não o reconhecimento de uma conduta dotada de desvalor. Diferentemente da responsabilidade penal, em que o comportamento do agente assume a condição de protagonista na sua configuração, na responsabilidade civil a vítima tem papel de especial relevo e as luzes e as lentes se direcionam para o dano. Importa perquirir, para a configuração do dever de indenizar, a antijuridicidade do dano e não a conduta. Um comportamento ilícito pode resultar em dano que não é antijurídico.

Quando se discute o ato ilícito da administração pública (não coibir ou não regulamentar) não se busca identificar a culpa do gestor municipal (prefeito municipal) para se responsabilizar. O fato imputável é a omissão estatal concorrer para que o serviço ilegal de mototáxi exista e produza dano injusto, que não deve ser suportado pela vítima (usuário ou não) do respectivo serviço ilegal. Por conseguinte, o pressuposto do ato ilícito encontra-se configurado, bem como o dano injusto suportado pela vítima, mantendo-se o liame de causalidade entre a omissão e o dano, conforme visto no Ag. nº 1.110.761/SE do STJ.

Na opinião de PINTO (2008), atualmente o dano injusto é o principal fundamento da responsabilidade civil do Estado e, corresponde a:

“Junção da noção de dano com a de antijuridicidade objetiva, sob a ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se de dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano a uma situação juridicamente protegida. Note-se que não há maior novidade no seu reconhecimento no contexto da responsabilidade civil do Estado. O que há de novo é a relevância que lhe é atribuída. E mais: o reconhecimento da imprescindibilidade da noção de injusto para a elaboração de uma teoria geral da responsabilidade civil do Estado (por ação e por omissão)” PINTO (2008, pp. 120-121)

PINTO (2008) afirma caber à doutrina e à jurisprudência a definição dos contornos unificadores da responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão. Enumera quatro fatores norteadores e indicativos da tendência de predomínio da responsabilidade objetiva do Estado no STF nos próximos anos:

- [...] a força com que a corrente objetivista desponta a partir da Constituição de 1988, projetando uma expectativa de crescimento de sua presença na jurisprudência das próximas décadas;
- [...] própria releitura do tema proporcionada pela revogação da norma em que se fundamentava a doutrina subjetivista – o art. 15 do Código Civil de 1916;

- [...] decorrência da renovação da composição do Supremo Tribunal Federal. A aposentadoria do Ministro Carlos Velloso, principal adepto da teoria subjetivista no âmbito daquela corte, por si só, já é aspecto relevante [...] o fato de que sua sucessora, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha [...] manifestou seu alinhamento à doutrina que coloca o dano injusto como aspecto central da responsabilidade civil estatal;

- [...] identificado no próprio contexto da produção doutrinária em que se insere o direito administrativo na contemporaneidade, em diálogo com o direito constitucional e o direito civil [...] tendem a influenciar a orientação do STF em relação à responsabilidade do Estado por omissão PINTO (2008, pp. 231-232)

PINTO (2008) no sentido de enfatizar a influência da doutrina na jurisprudência passa a identificar aqueles de maior relevância na condução dos votos nos acórdãos, quais sejam.

Destaca a importância da interpretação constitucional na concretização dos direitos fundamentais, assim como o papel garantidor do Estado em razão do dever de proteção conferido ao Estado pela ordem jurídica em si tratando de tais direito. Por ser a exegese constitucional uma das regras de sua interpretação, deve-se fazê-la em conformidade com a Constituição de forma a assegurar aquela “mais favorável aos direitos fundamentais”, segundo Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 143) *apud* PINTO (2008, p. 234) e, acrescenta que “em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinjam menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie seu âmbito, o satisfaça em maior grau”.

Conforme PINTO (2008, p. 234), o problema reside no sentido do vocábulo “causar” enquanto núcleo do art. 37, § 6º, CF/1988. Indaga se é possível “causar algo por omissão?”. Ao responder a pergunta afirma que “independentemente da corrente adotada, na omissão deve-se reconhecer a responsabilidade do Estado quando for violado o dever jurídico de evitar determinado resultado”. Complementa a resposta destacando que “a importância maior do aprimoramento do sistema de proteção ao administrado está não só em garantir a efetividade da reparação dos danos causados pelo Estado, mas também no sentido preventivo e ético da responsabilidade civil”. PINTO (2008, p. 235) informa que embora presente na doutrina, o conceito de antijuridicidade objetiva ainda não foi utilizado como fundamento das decisões no STF. Ela quer dizer que o dano injusto resulta da quebra do princípio da

juridicidade de um bem protegido e, portanto, implica dizer que está em “desconformidade com o ordenamento jurídico”.

Para fundamentar seus argumentos busca auxílio na doutrina estrangeira de Roberto Dromi (1997, pp. 784-785):

A antijuridicidade do dano é contemplada no sentido objetivo a partir do ponto de vista da posição do sujeito lesado, e existirá sempre que o titular do patrimônio lesado não tenha o dever jurídico de suportar o dano. A antijuridicidade, como elemento determinante do dano indenizável, é deslocada da conduta subjetiva do autor material para o dano objetivo causado ao patrimônio (Roberto Dromi, 1997, pp. 784-785 *apud* PINTO, 2008, p. 235)

Agrega à análise a doutrina estrangeira de González Pérez (2006, pp. 434-435):

Ao prescindir de toda idéia de ilicitude ou culpa, o fundamento da responsabilidade se desloca para o patrimônio da pessoa lesada; o conceito mesmo de lesão patrimonial se converte na base do sistema. A lesão é um dano em si mesmo antijurídico, à margem da antijuridicidade da causa. Deste modo, a questão se traduz em determinar quando o dano é antijurídico (González Pérez, 2006, pp. 434-435 *apud* PINTO, 2008, p. 236)

PINTO (2008, p. 235) utiliza-se da doutrina de Juarez Freitas (2006, pp. 170-171) para relacionar a responsabilidade objetiva à teoria da proteção dos direitos fundamentais, a partir da abordagem da antijuridicidade objetiva:

O sistema brasileiro consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, oponíveis perante o Poder Público. Segundo tal raciocínio, as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão ilícitas em sentido amplo, por agredirem direitos fundamentais, inclusive quando da execução equivocada de lei genuína. A violação torna antijurídica, indiscriminadamente, a ação ou a omissão causadora de danos injustos (Juarez Freitas, 2006, pp. 170-171 *apud* PINTO, 2008, p. 236)

PINTO (2008, p. 237) pontua a assertiva de que:

A responsabilidade civil do Estado analisada sob o ponto de vista da antijuridicidade objetiva colabora para um reforço de uma idéia de responsabilidade que antecede a ocorrência do dano, partindo-se da noção de prevenção, de prática dos comportamentos positivos

Reputa-se importante a contribuição de PINTO (2008) ao reforçar a característica preventiva da responsabilidade civil, em particular, para fundamentar a responsabilidade do poder público municipal em agir para coibir, evitando o acidente e o consequente dano ou para regulamentar o serviço de mototáxi, eliminando ou minimizando o risco adquirido na sua execução. Da mesma maneira, a omissão não exime sua responsabilidade pela falta do sentido de prevenção que estaria presente na conduta comissiva, o que agravaria a responsabilidade por omissão do Estado. O dano injusto suportado pela vítima (usuário ou não do serviço de mototáxi) há de ser indenizado pelo Estado, seja pelo seu preposto (permissionário) até o limite de sua capacidade de suportar a obrigação, e no caso de inadimplemento parcial ou pleno, pelo Estado que responde subsidiariamente, conforme visto. Em ambos os casos o dano injusto é indenizado, podendo-se considerar a prevalência da responsabilidade civil objetiva subsidiária do Estado por ação e por omissão, conforme previsão legal e jurisprudencial.

Dentre as tendências portadoras da futura mudança na jurisprudência do STF, se destaca a dignidade da pessoa humana enquanto princípio legitimamente tutelado pelo Estado e integrante dos direitos fundamentais do homem. Embora tal princípio seja pedra angular da Constituição Federal e de julgados do STF, ainda não a relacionou a responsabilidade civil do Estado com fundamento na dignidade da vítima que suporta dano injusto, segundo apurou (PINTO, 2008, p. 242).

PINTO (2008, p. 240) lista quatro características norteadoras do conceito de dignidade humana apontadas por Fernando Savater (2001, pp. 163-164), são elas:

– [...] a inviolabilidade de cada pessoa, o reconhecimento de que não pode ser utilizada ou sacrificada pelos outros como mero instrumento para realização de fins gerais;

[...] o reconhecimento da autonomia de cada um para traçar seus próprios parâmetros de excelência, sem outro limite que não o direito semelhante dos outros à mesma autonomia;

[...] o reconhecimento de que cada um deve ser tratado socialmente de acordo com sua conduta, mérito, ou demérito pessoais, e não segundo os fatores aleatórios que não são essenciais a sua humanidade: raça, etnia, sexo, classe social, etc;

[...] a existência de solidariedade para com a desgraça dos outros, o manter viva e ativa a cumplicidade com os outros. A sociedade dos direitos

humanos deve ser a instituição na qual ninguém é abandonado (Fernando Savater, 2001, pp. 163-164 *apud* PINTO, 2008, p. 240).

Buscando vincular o conceito de dignidade humana com a vítima do dano injusto, convém destacar que se a sua indenização não for feita na proporção do dano efetivo, significaria enriquecimento sem causa daquele civilmente responsável pela obrigação de indenizar (permissionário e/ou Estado), caracterizando tratamento discriminatório à vítima e a falta de solidariedade social na desgraça alheia. Se a sociedade entende que o risco inerente somado ao risco adquirido é tolerado socialmente na prestação do serviço de mototáxi, o ônus decorrente do dano também deve ser socialmente suportado. A disponibilidade do serviço de mototáxi assegura a garantia da autonomia do indivíduo em escolher pela utilização ou não do serviço, a partir dos parâmetros de excelência esperado (risco adquirido) do serviço público devidamente regulado e permissionado. Portanto, cabe ao poder público municipal disponibilizar o conjunto de informações que possa balizar a escolha do indivíduo em utilizar ou não o serviço de mototáxi.

Sobre a dignidade e a sua fundamentação para a responsabilidade civil objetiva do Estado, PINTO (2008, p. 241) colaciona a doutrina de Antônio César Pimentel Caldeira (2002, pp. 484-485) afirmando que “desde a Constituição de 1946, fica evidente que os defensores da responsabilidade objetiva adotaram a doutrina do risco administrativo para justificá-la”. Todavia, PINTO (2008, p. 241) sustenta que “dois fundamentos do Estado Democrático de Direito” devem estar presente na análise da responsabilidade civil estatal, “a cidadania e a dignidade da pessoa humana”.

PINTO (2008, p. 243) destaca, também, os princípios da proporcionalidade e de eficiência da Administração Pública, da equidade e da função social da responsabilidade civil, evoluindo-se da ilicitude para a dimensão do dano injusto a ser indenizado. Uma vez que não se basta o impedimento do Estado defendido pela doutrina da reserva do possível, pois embora tal princípio seja importante para evitar abusos e excesso da função estatal, outro aspecto também o compõe. O Ministro Gilmar Mendes no RE nº 418.376-5 o revela e o esclarece enquanto dever de proteção estatal, que não pode ser afastado, principalmente quando se tratar de garantia positiva da preservação dos direitos fundamentais. A seguir se transcreve o voto-vista:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental (PINTO, 2008, p. 243).

PINTO (2008, pp. 244-245) agrega o ponto de vista de Juarez Freitas (2006, p. 170) em se tratando da garantia positiva e da proibição da proteção insuficiente na responsabilidade objetiva estatal.

A doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas. Trata-se de duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de inoperância. É em sintonia com esse princípio, e para além das disputas semânticas, que o Estado deve ser objetivamente responsabilizado, admitidas tão-só as excludentes do nexo causal, a saber, a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente (excludente parcial), o ato ou fato exclusivo de terceiro (excludente, no geral das vezes), a força maior (irresistível), o caso fortuito (não atribuível a razões internas) e a impossibilidade do cumprimento de dever (reserva do possível defendida no presente estudo).

PINTO (2008, p. 245) ao abordar o princípio da eficiência da administração pública salienta que a mesma é diretamente relacionada com a efetividade da responsabilidade civil. Uma vez que a ineficiência nos serviços públicos proporcionaria maior ocorrência de danos, implicando em maior demanda judicial devido às lesões provocadas pela ineficiência. No entanto, prevalece à tendência da jurisprudência em não reconhecer o direito da vítima do dano injusto em razão dos limites da administração pública quando se utiliza apenas um dos aspectos do princípio da reserva do possível (garantismo negativo) ao invés do seu aspecto positivo do dever de precaução.

Em si tratando do serviço de mototáxi e a associação do risco inerente com o adquirido possui sem dúvida uma maior probabilidade de provocar danos aos administrados. Portanto, cabe a sociedade decidir por meio dos seus representantes (Poder Executivo e Poder Legislativo) qual das duas condutas comissivas deve ser adotada pelo Poder Executivo – coibir ou regulamentar o serviço? A primeira resultaria em inocorrência de acidentes indenizáveis em sinistro com danos e, a segunda poderia proporcionar um maior

dispêndio ao erário público por conta da responsabilidade objetiva subsidiária do Estado por previsão constitucional e infraconstitucional.

Da leitura das argumentações doutrinárias de PINTO (2008) fica afastada a consideração da conduta do agente do Estado em razão do ato ilícito, para focar-se no dano injusto. Seguindo a mesma orientação doutrinária, também seria irrelevante apurar se o dano foi proporcionado por um permissionário de direito ou por “permissionário de fato”, uma vez que ambos podem provocar dano injusto à vítima, sua simples ocorrência *per si* constitui em ato ilícito gerador da obrigação de indenizar. Todavia, não está claro na sua argumentação se a análise contemplaria a ilicitude na prestação em si do serviço público (transporte ilegal remunerado de passageiros) ou apenas a omissão por serviço lícitamente delegado (permissionário ou concessionário de direito) e por aquele não prestado por falha da administração (por exemplo, acidentes de trânsito por falta da devida sinalização).

Em minha opinião, a abordagem da antijuridicidade objetiva devido à ocorrência de dano injusto suportado pela vítima (usuário ou não do serviço) albergaria tanto as ações comissivas quanto aquelas omissivas, em concordância com CAVALIERI (2007), com menos dúvida quanto à imputação da responsabilidade objetiva do poder público municipal decorrente da omissão, que proporciona a prestação de serviço público de maneira clandestina, pois revela a conivência e conveniência do poder municipal de nada fazer para coibir ou regulamentar o serviço de mototáxi, ainda mais quando dispõe de vasto instrumental legal para atuar comissivamente.

Nesse viés chega-se a última argumentação doutrinária favorável a responsabilização objetiva estatal, destacada por PINTO (2008), o papel da equidade e da função social da responsabilidade civil no sentido de se evoluir do ato ilícito para o foco no dano injusto. A argumentação voltada para o caso em concreto, quanto à identificação do dano injusto suportado pela vítima, seria aquela mais adequada para a análise da responsabilidade civil, enquanto mecanismo de ponderação entre o princípio da tutela dos bens juridicamente protegidos e a existência de dano injusto indenizável. Sobre o tema PINTO (2008, p. 248), diz:

O contexto constitui o foco, e passam a ser valorizados a dinâmica da causação do dano, as características da lesão, enfim, o problema. Por isso, a

responsabilidade civil na atualidade é campo propício para o método tópico, que prescreve o pensar a partir do problema.

A análise tópica do problema permite identificar que a exemplo da função social dos contratos, a responsabilidade civil também teria o papel de proteção da propriedade violada (PINTO, 2008, pp. 251-252) ou de um direito contrariado, proporcionando desarmonia com a norma jurídica e a capacidade para produzir antijuridicidade.

A equidade também poderia favorecer o permissionário de direito e por que não aquele “permissionário de fato”, por equiparação, pois há de ser ponderado a abrangência do dever de indenizar em relação à capacidade obrigacional do preposto da função pública, pois segundo Clauss-Wilhelm Canaris (2006, p.135) *apud* PINTO (2008, p. 256), constitui-se em inconstitucionalidade “uma imposição de dever de indenizar que leve o devedor à ruína nos casos em que o lesado (por sua situação econômica favorável) tenha condições de suportar parte dos danos sem ser atingido por uma limitação máxima do valor da indenização”.

Todavia, devido à condição subsidiária do poder público municipal e, em se tratando de permissionário de mototáxi (via de regra, pessoa física de baixa renda e de pouca capacidade financeira), não se deve imputar o ônus à vítima. Deveria sim ser apurado o dano injusto na proporção devida e, caso o permissionário não possa arcar com ônus integral da obrigação, cabe sim o Estado arcar com a diferença, pois não há que se falar em falência do Estado por ter optado pela delegação dos serviços, uma vez que sua prestação constitui dever estatal, assim como pela opção da ação omissiva. Não se pode utilizar por fundamento o princípio da reserva do possível na faceta da garantia negativa, mas sim sua vertente positiva do dever de proteção à vítima em não ter de suportar dano injusto. Desta forma, a equidade não pode ser utilizada no sentido de onerar a vítima, assim como causar a falência individual do permissionário (de direito ou de fato), em razão da subsidiariedade comissiva (regulamentação) ou omissiva (não coibir ou não regulamentar) da responsabilidade civil objetiva.

Conclui-se que o poder público municipal poderá ser chamado à lide mesmo que não ocorra o inadimplemento integral da obrigação do permissionário na proporção do dano indenizável, não importando as condições financeiras da vítima, assim como, na ocorrência de falência individual do permissionário de direito. A mesma regra não deve ser

aplicada ao caso da atividade ilegal, uma vez que inexistente relação contratual entre a Administração Pública e o “permissionário de fato”, pois ao município não interessa que o ilegal permaneça operando clandestinamente e, até interessa a sua falência individual ao indenizar a vítima no limite da sua capacidade financeira. Nesse caso se aplica apenas a vertente positiva da reserva do possível no interesse da vítima e não do ilegal.

Conclusões e Recomendações

Conclusões

A polêmica criada com o fenômeno social do mototáxi nestes últimos anos tem por premissa a abordagem equivocada de que a regulamentação do serviço de mototáxi seja um problema afeito ao trânsito e não ao transporte público de passageiros. Outro aspecto a considerar se deve a visão míope de que a centralidade do problema seja as grandes cidades (capitais dos estados), quando na verdade a questão está concentrada nas pequenas localidades, desprovidas de sistema de transporte público de passageiros, em particular pelo modo ônibus ou mesmo veículo de menor capacidade como as *vans*.

O fenômeno do mototáxi em verdade retrata a concentração de renda nas grandes cidades e a baixa renda da população nas pequenas localidades ou mesmo nas capitais onde opera o serviço de mototáxi. Nas pequenas localidades a solução encontrada pela própria população foi de certa forma, improvisar um sistema de transporte público que ao mesmo tempo resolvesse seu problema de mobilidade urbana com o baixo custo proporcionado pela economicidade da motocicleta, pela mudança do paradigma e a elevação da motocicleta à categoria de transporte público de passageiros e não para fins exclusivamente privados.

Desta maneira, a questão do mototáxi aguarda tratamento adequado do ponto de vista da regulamentação da atividade no âmbito municipal, sendo objetivo desta pesquisa alertar os gestores municipais (prefeitos e vereadores) das consequências jurídicas das condutas comissivas ou omissivas que podem tomar no enfrentamento do fenômeno do mototáxi em suas cidades.

Portanto, pontuam-se a seguintes conclusões desta pesquisa no que tange a *natureza jurídica do serviço de mototáxi*:

a) O transporte público de passageiros por motocicleta no âmbito municipal é um serviço público com foro constitucional.

b) Compete ao município à instituição do serviço público de transporte de passageiros por motocicleta, pela regulação por lei municipal, a regulamentação por meio de

decreto municipal, resoluções, portarias e atos administrativos, a exploração direta pelo município ou indireta por operadores privados.

c) A exploração do serviço de mototáxi por operadores privados somente pode ser delegada por meio de licitação pública em regime de permissão para pessoas físicas e mediante a assinatura de contrato administrativo (contrato de adesão). A imposição legal do certame licitatório resulta da existência de norma constitucional e infraconstitucional, podendo ser também regulada no âmbito municipal caso exista lei local sobre o processo licitatório e da prestação dos serviços públicos municipais.

d) Embora a Lei nº 8.987/1995 defina ser precária a relação jurídica entre o permissionário e o permitente, tanto a doutrina quanto à jurisprudência possuem entendimento contrário, uma vez que se requer contrato administrativo para o seu estabelecimento, portanto, não pode ser precário.

e) A necessidade de contrato administrativo tornou equivalente, sob alguns aspectos, a permissão e a concessão de serviços públicos.

f) Compete ao poder público municipal a definição do que seja "serviço adequado", devendo satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

g) As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários, ou seja, pode-se segmentar a demanda e os serviços, cobrando-se preços diferenciados de acordo com o serviço oferecido.

h) Deve ser assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo no edital e contrato garantidas as regras de reajuste, revisão e reestruturação tarifária.

i) A Lei nº 8.987/1995 predefine que ensejaria direito indenizatório àquela concessão que tenha sido considerada extinta em razão do interesse público e por iniciativa do poder concedente, desde que o concessionário não tenha concorrido para a caducidade da mesma. Tal dispositivo atribuído à concessão também poderia ser aplicado à permissão em caso de revogação unilateral do contrato devido ao interesse público ou da declaração de

inconstitucionalidade da lei instituidora, quando se interpreta o art. 40, parágrafo único da Lei nº 8.987/1995.

j) A Constituição Federal não admite a outorga de serviço público por meio do instrumento da autorização administrativa.

Portanto, listam-se a seguintes conclusões desta pesquisa no que diz respeito a imputação da *responsabilidade civil do permissionário e do poder público municipal*, enquanto ente permitente:

a) A análise da responsabilidade civil do serviço de mototáxi deve ser analisada quanto à conduta comissiva e/ou omissiva do poder público municipal.

b) O risco inerente presente na motocicleta não é suficiente para provocar a imputação da responsabilidade civil em caso de acidente com dano injusto suportado pela vítima, para a responsabilização requer a verificação da ocorrência de dano adquirido na prestação do serviço de mototáxi.

c) O serviço de mototáxi por ser atividade de risco com a obrigação contratual de resultado (transportar o passageiro até o seu destino, garantindo sua incolumidade) implica na responsabilidade civil objetiva e a obrigação de indenizar o dano produzido.

d) A regulamentação do serviço de mototáxi deve implantar mecanismos que minimize o risco adquirido na execução do serviço.

e) No serviço de mototáxi regulamentado, a responsabilidade civil do permissionário é objetiva, segundo previsão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, combinado com o art. 14, §§ 1º a 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

f) A construção jurisprudencial tem entendimento de que a responsabilidade do Estado é objetiva e subsidiária, caso ocorra inadimplemento da obrigação pelo operador privado, aplicando tal conclusão também ao permissionário de mototáxi pelas razões do risco para os direitos de outrem e do dano injusto que não deve ser suportado pela vítima.

g) A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sustenta que o poder público municipal detém o dever de diligência especial (poder de polícia administrativa) e a prerrogativa de instituir e organizar a sua política de transporte, o que implica na competência para coibir o transporte ilegal e clandestino prestado por operadores privados sem a devida delegação.

h) No sentido de coibir o transporte clandestino, o poder público municipal dispõe de instrumental a seu dispor, por exemplo, a legislação penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940 e Decreto-Lei nº 3.688/1941) e a de trânsito (Lei nº 9.503/1997).

i) O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral aplicada à responsabilidade civil objetiva do operador privado de serviços públicos (pessoa jurídica de direito privado) em relação aos usuários e não usuários dos serviços de transporte público de passageiros. Entende-se que em razão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pode-se sustentar que “direitos de outrem” abrange tanto os usuários quanto os não usuários dos serviços de transporte de passageiros prestados por pessoas físicas, enquanto permissionários de transporte público de passageiros, inclusive o mototáxi.

j) O Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou decisão de Tribunal de Justiça Estadual que equiparou o “permissionário de fato” do transporte ilegal com aquele permissionário de direito devidamente outorgado na prestação de serviço público, o que demonstra avanço no reconhecimento da responsabilidade civil objetiva subsidiária por omissão do Estado.

k) A doutrina minoritária tem advogado e fundamentado a necessidade de mudança da antijuridicidade do comportamento culposos do agente público para a existência de dano injusto suportado pela vítima de um acidente, em razão do princípio da equidade e da função social da responsabilidade civil.

Conclui-se que no caso de acidente com vítima (usuária ou não) provocado pelo serviço de mototáxi, o permissionário de direito e o “permissionário de fato” respondem objetivamente pelo ressarcimento do dano à vítima. No caso de inadimplemento da obrigação, o poder público municipal responde de forma objetiva e subsidiária. Implica afirmar que o

município responderá por sua conduta comissiva (regulamentou o serviço) ou omissiva (não coibiu e não regulamentou a atividade).

Sempre acreditei ser possível responsabilizar o poder público municipal por sua crônica conduta omissiva diante do fato social do mototáxi, seja no sentido de obrigar uma conduta comissiva de agir para coibir ou para regular, seja no sentido de buscar a reparação da vítima também naqueles casos nos quais o poder público municipal fazia de conta que o problema da existência de um serviço de transporte público de passageiros – operando ilegalmente – não era de responsabilidade da gestão municipal.

A principal conclusão da pesquisa conduz à assertiva de que para o poder público municipal, apenas em uma situação o município não poderá ser responsabilizado pelo dano injusto da vítima de um acidente com mototáxi. Somente pela sua conduta comissiva de coibir o serviço de mototáxi e evitar que o acidente e o dano existam.

Nas outras duas situações, na comissiva da regulamentação, o mesmo responde de forma subsidiária no caso do inadimplemento da obrigação do permissionário de direito por ele delegado para prestar o serviço. Também, na omissiva por não coibir e nem regular o serviço, o poder público municipal responde por equiparação do “permissionário de fato” ao de direito conforme abordado, fazendo incidir sobre o mesmo a mesma regra da responsabilidade objetiva subsidiária do Estado, em razão da construção jurisprudencial que vem sendo confirmada nos tribunais.

Embora pareçam iguais, os caminhos jurídicos são diversos, pois ao regular e estabelecer regras para a prestação do serviço possibilita exercer o princípio do dever de proteção dos administrados ao reduzir o potencial de risco adquirido, uma vez que o risco inerente é próprio do veículo, bem como selecionar os prestadores sem problemas com a justiça e assegurar um mínimo de segurança na prestação do serviço de mototáxi. Não regulamentar expõe o poder público municipal às consequências decorrentes do acidente com dano, sem sequer saber quem presta o serviço, muito menos adotar regras para minimizar os riscos adquiridos na execução, que pelo dano injusto terá de indenizar, como por exemplo, a exigência de apólices de seguro para que o permissionário possa prestar o serviço e, assim, diminuir o risco de inadimplemento em caso de sinistro com dano.

Diante das duas únicas opções do poder público municipal, espera-se que a presente pesquisa tenha contribuído com os caminhos jurídicos a serem seguidos pela autoridade municipal. A adoção dos instrumentos legais do CTB, da Lei de Contravenções Penais e do próprio Código Penal para o exercício do poder de polícia na coibição do ilícito, assim como o detalhamento da Teoria da Regulação Econômica dos Transportes Públicos que poderá auxiliar o Poder Executivo e o Legislativo na elaboração dos marcos regulatórios dos serviços de mototáxi, caso decidam regulamentá-lo, enquanto segunda opção disponível ao município.

Recomendações

Um trabalho de pesquisa não pode deixar de vislumbrar os desafios ainda existentes em relação ao objeto analisado. Desta maneira, pontuam-se algumas questões que poderiam servir de futuros temas de pesquisa tanto na área jurídica quanto em áreas correlatas ao problema do fenômeno do mototáxi.

Estratégias para a redução do risco adquirido

Uma questão se imporá na discussão da regulamentação do serviço de mototáxi, isto é, a mudança na tecnologia da motocicleta no sentido do desenvolvimento de um novo veículo visando à redução do risco inerente do veículo e, ao mesmo tempo, possibilitar sua utilização pelo seguimento de usuário com deficiências motoras, uma vez que o serviço atende aos deficientes visuais e/ou auditivos sem maiores dificuldades para ser transportado numa motocicleta, até porque o serviço atende chamadas residenciais. Uma possível solução é a adoção de um veículo de três rodas (triciclo) desenvolvido especialmente com o propósito de atender o mercado do serviço de mototáxi.



Figura 3: Protótipo Tuka, DIÁRIO DO NORDESTE, 2001

A guisa de sugestão se disponibiliza ilustração de protótipo denominado de TUKA (*vide* Figura 3), desenvolvido no Estado do Ceará, com financiamento do Banco do Nordeste e recursos do Fundo de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNDECI), numa parceria da empresa Tukano Tecnologia & Design e a Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial (Nutec), vinculada ao Governo do Estado do Ceará (DIÁRIO DO NORDESTE, 2001).

Assim sendo, fica o desafio para o município que pretenda regulamentar o serviço de mototáxi adotá-lo enquanto especificação técnica do veículo a ser utilizado na prestação do serviço e, assim como para a indústria automobilística em ter de desenvolver de um novo veículo voltado ao mercado do serviço de transporte público de passageiros por motocicleta para ser adquirido pelos permissionários de direito nos 52,7% dos municípios brasileiros que possuem mototáxi. A vantagem deste veículo reside no acesso à pessoa com deficiência motora, na redução da velocidade comercial e na impossibilidade de transitar entre os veículos e faixas de tráfego, o que reduz sensivelmente o risco adquirido de acidentes.

A Constitucionalidade das Leis Municipais de Mototáxi

Não tenho dúvida de que compete ao município à instituição de leis de serviços públicos relacionados aos transportes de passageiros, inclusive os serviços de mototáxi. Todavia, esta dúvida sobre o tema do serviço de mototáxi parece existir tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto naqueles Tribunais de Justiça dos Estados, em razão das ADINs já julgadas desfavoráveis aos municípios no âmbito dos TJs. Devido à abrangência da análise das ADINs julgadas no STF e nos TJs, a mesmo não se fez presente no escopo desta pesquisa de monografia. No entanto, trata-se de assunto que sem dúvida merece análise detalhada, até no sentido de mudar a jurisprudência do STF e dos TJs, em razão do equívoco do juízo. Em 2002, foi prolatada pelo STF a primeira ADIN tratando do serviço de mototáxi (ADI nº 2.606-2/SC), para maiores informações sobre o assunto consulte OLIVEIRA JR (2003). Desta maneira, fica a sugestão de novos trabalhos no sentido de averiguar, analisar e criticar os acórdãos já prolatados nos Tribunais de Justiça dos estados sobre a competência municipal para instituir os serviços de mototáxi, pois os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Estado de Minas Gerais (TJMG) tem reconhecido a competência municipal e, por sua vez, não acompanharam as decisões do STF sobre o tema.

O direito à informação dos riscos da atividade

O risco inerente da tecnologia da motocicleta utilizada no transporte de passageiros não difere se a mesma é utilizada para fins privados ou para o transporte público. No entanto a decisão do usuário em utilizar ou não o serviço depende da noção e assunção do risco que o mesmo está disposto a assumir (risco esperado da tecnologia). Deste modo, é dever do regulador, além das medidas de segurança e de garantia de indenização em caso de acidente, informar ao conjunto da população sobre o número e a gravidade dos acidentes envolvendo o serviço de mototáxi e as estatísticas gerais de acidentes com motocicleta.

Esta é mais uma razão pela qual o poder público deve regulamentar a atividade de mototáxi, caso não queira impedir sua existência, pois uma vez regulamentado o serviço, as motocicletas adquirem a categoria de veículo de aluguel e passam a ser caracterizadas com a placa vermelha, regulamentação própria e padronização da cor do veículo utilizado como mototáxi, facilitando a distinção entre o permissionário de direito e o “permissionário de fato”. Muda-se também a conduta do prestador de serviços, pois mediante treinamento e capacitação dos permissionários é possível que os mesmos assumam atitudes

defensivas em prol da segurança de trânsito ao invés de se comportar como motoqueiros irresponsáveis no transporte de passageiros, pois afinal de contas prestam serviço público à população.

A existência de um sistema de informação de acidentes de trânsito (SIAT) no âmbito municipal é uma ferramenta fundamental não apenas para a gestão e municipalização do trânsito, mas, também, para acompanhar e aferir a qualidade e segurança dos serviços públicos prestados no município, dentre os quais os mototáxis. Portanto, deve o município conceber na sua regulamentação o direito dos usuários e da população em geral sobre as informações do serviço de mototáxi e o risco esperado ao utilizar o veículo e o serviço.

Perspectivas de evolução do serviço de mototáxi

Além daquelas relacionadas à tecnologia veicular da motocicleta ou de um possível triciclo em sua substituição, outra se apresenta com a promulgação da Lei nº 12.009/2009, que regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, o mototaxista. Devido ao possível aumento no percentual de municípios com serviços de mototáxi em razão do entendimento de que agora não haveria impedimento para a criação deste tipo de serviço de transportes. Todavia, convém salientar que a presente lei apenas estabeleceu uma categoria trabalhista, interessando somente os permissionários de direito quanto aos aspectos trabalhistas e de seguridade social. Este, inclusive, já podia contribuir como autônomo à previdência social e, praticamente, não afeta sua condição de prestador de serviço outorgado pelo município. No entanto, naqueles 70,5% dos municípios onde existem mototaxistas operando na clandestinidade, é possível que cresça a pressão pela sua regulamentação.

Pode-se supor a possibilidade da lei federal vir a incentivar a regulamentação municipal da atividade nos rincões do país desprovido de serviço de transporte público. Desta maneira, fica o desafio ao gestor local em conceber um marco regulatório que minimize os riscos adquiridos, assegure o direito à informação, diminua o risco da administração indenizar por dano injusto às vítimas de acidentes com danos, pela introdução de apólice de seguro quando da elaboração da regulamentação, do edital de

licitação e do contrato administrativo de adesão em regime de permissão, enquanto requisito para outorga e sua permanência na condição de permissionário.

Por fim, espera-se que a divulgação da presente pesquisa sirva de convencimento ao gestor municipal das vantagens da conduta comissiva (em coibir ou regulamentar) ao invés da conduta omissiva, uma vez que o município responderá de maneira objetiva e subsidiária pela conduta comissiva de regulamentar o serviço, bem como pela conduta omissiva de omitir-se em resolver o problema social criado com o surgimento do fenômeno do mototáxi na sua cidade.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 03 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 dez.1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 03 out.1941.

____. Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Institui o Código Nacional de Trânsito. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 21 set.1966 (revogado).

____. **Constituição República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 56. Brasília, DF.

____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 12 nov. 1990.

____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 22 jun.1993.

____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no Art.175, da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 14 fev.1995.

____. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 8 jul.1995.

____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 24 set.1997.

____. Lei nº 9.868, 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 nov.1999.

____. Lei nº 10.233, de 05 de Junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 6 jun.2001.

____. Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 10 jul.2001.

____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

____. Lei nº 12.009, de 29 de julho de 2009. Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, “mototaxista”, em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e “motoboy”, com o uso de motocicleta, altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, para dispor sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete –, estabelece regras gerais para a regulação deste serviço e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 30 jul. 2009.

CAHALI, Y. S. **Responsabilidade Civil do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. 559 p.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. 954 p.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007. 561 p.

COELHO, M. S. **A nova onda no transporte urbano: mototáxi**. Sobral: Ed. UVA, 1997. 141 p.

CRUZ., G. S. da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. 288 p.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Protótipo é desenvolvido para substituir mototáxi**, Editoria Cidades, Fortaleza, 27.05.2001. Disponível em: <http://diariodonordeste.globo.com/2001/05/27/010031.htm>. Acesso em: 30 mai 2009

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Atlas, 2003. 727 p.

FIÚZA, C.; ROBERTO, G. B. S. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002. 140 p.

GAZOTO, L. W. **Manual de elaboração de monografia**. Núcleo de Pesquisa e Monografia. Curso de Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais. Brasília. 2005

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2008. 384 p.

GRINOVER, A. P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do projeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004. 1.162 p.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Perfil dos municípios brasileiros Rio de Janeiro, 2006.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Perfil dos municípios brasileiros Rio de Janeiro, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS E MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Regulação e Organização do Transporte Público Urbano em Cidades Brasileiras: estudos de caso**, Brasília, DF, 2004.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. Redução das Deseconomias Urbanas com a Melhoria do Transporte Público, **Revista de Transportes Públicos**, São Paulo, Ano 21, nº 82, p. 35-92, 1999.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS E MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Regulação e Organização do Transporte Público Urbano em Cidades Brasileiras: estudos de caso**, Brasília, DF, 2004.

JESUS, D. E. **Direito Penal – parte geral**. 25ª. ed., Vol. 1, São Paulo: Ed.Saraiva, 2002. 754 p.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. ed. São Paulo: Ed.Saraiva, 2008. 1.017 p.

MEIRELLES, H. L. **Licitação e contrato administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. 462 p.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. 792 p.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. 936 p.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. 2.924 p.

MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. 509 p.

OLIVEIRA JR, J. A.; ORRICO FILHO, R. D. Regulamentação do serviço de transporte público individual de passageiros por motocicleta (mototáxi): aspectos econômicos e legais,

In: 13º Congresso Brasileiro de Transporte e Trânsito, **Anais eletrônicos** (CD-ROM), v.1, Porto Alegre. 2000.

OLIVEIRA JR, J. A. Questões conceituais do prazo de delegação dos serviços públicos de transportes de passageiros, **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, Ano IV nº 13/Abril/2002/nº 14/Julho/2002, p.119-138. ABC Editora. 2002.

____. Regimes de delegação dos serviços públicos de transportes de passageiros, **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**, Fortaleza, Ano 7, nº 12, jul/dez/2002, p. 233-255. ABC Editora, 2002a.

____. A Decisão de Inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - STF e as Implicações no Serviço de Transporte Individual Público de Passageiros por Motocicleta - Mototáxi. In: 14º Congresso Brasileiro de Transporte e Trânsito. **Anais eletrônicos** (CD-ROM), v.1, Vitória. 2003.

____. A., Inadequação do ato administrativo da autorização administrativa para delegação dos serviços públicos de transporte de passageiros, **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, V. VIII, nº 28, p. 151-164, ABC Editora, 2006.

OLIVEIRA, R. W. C. **Direito dos transportes ferroviários**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. 264 p.

ORRICO FILHO, R. D.; BRASILEIRO, A.; SANTOS, E. M. dos; ARAGÃO, J. J. G. de. **Ônibus urbano: regulamentação e mercados**. Brasília: LGE, 1996.

PINTO, H. E. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. 342 p.

POMPEU, C. T., 1992, **Autorização Administrativa: de acordo com a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. Edital de Concorrência nº 03/1998 para outorga de permissão para exploração do serviço de moto-táxi. Fortaleza, CE, 22 jan.1998.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA. Lei Orgânica do Município de Fortaleza, Fortaleza. 1989.

____. Lei nº 8.004, de 25 de MARÇO de 1997. Cria no âmbito do Município de Fortaleza o sistema de moto-táxi na forma que indica. Fortaleza, CE, 25 mar.1997.

____. Edital de Concorrência nº 03/1998 para outorga de permissão para exploração do serviço de moto-táxi. Fortaleza, CE, 22 jan.1998.

____. Edital de Concorrência nº 03/1999 para outorga de permissão para exploração do serviço de moto-táxi. Fortaleza, CE, 12 nov.1999.

PREFEITURA MUNICIPAL DE IGUATU. Lei nº 584, de 16 de dezembro de 1998. Regulamenta a atividade profissional de mototaxista no Município de Iguatu e dá outras providências. Iguatu, CE, 16 dez.1998.

PREFEITURA MUNICIPAL DE LONDRINA. Decreto nº 265, de 06 de junho de 2000. Regulamenta os serviços de transporte individual de passageiros em motocicletas. Londrina, PR, 06 jun.2000.

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO. Lei N º 8.201, de 23 de setembro de 1998, que autoriza a Prefeitura Municipal a instituir o serviço de moto-táxi no município. **Diário Oficial [do Município de Ribeirão Preto]**, Ribeirão Preto, SP, 23 set.1998.

____. Decreto nº 195, de 17 de junho de 1999. Altera o Decreto nº 212/1998, que regulamenta a Lei N º 8.201, de 23 de setembro de 1998, que autoriza a Prefeitura Municipal a instituir o serviço de moto-táxi no município. **Diário Oficial [do Município de Ribeirão Preto]**, Ribeirão Preto, SP, 17 jun.1998.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO LUÍS. Decreto nº 19.189, de 05 de março de 1999, que regulamenta a Lei N º 3.576, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. São Luís, MA, 05 mar.1999.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SOBRAL. Lei nº 140, de 28 de outubro de 1997, que dispõe sobre regulamento dos Serviços de MOTOTÁXIS do Município de Sobral. Sobral, CE, 28 out.1997.

____. Lei nº 376, de 01 de outubro de 2002, que modifica a lei que dispõe sobre regulamento dos Serviços de MOTOTÁXIS do Município de Sobral. Sobral, CE, 01 out.2002.

RIZZARDO, A. **Comentários ao código brasileiro de trânsito brasileiro**, 3ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. 767 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão da ADIN nº 2.606-2/SC: Ação Direta de Inconstitucionalidade a Lei nº 11.629, de 07 de dezembro de 2000, do Estado Santa Catarina. Ministro-Relator Maurício Corrêa. Brasília, 31 nov. 2002.

____. Acórdão da ADIN nº 2.349-7/ES: Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 229, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo. Ministro-Relator Eros Grau. Brasília, 31 ago. 2005.

____. Acórdão do RE-RG nº 591.874-2/MT. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão: 23.10.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão do RMS 6.918/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, 15 mai. 2000, Brasília, DF.

____. Acórdão do REsp 243.540-PB. Relator Ministro Franciulli Netto, 13 mar. 2001, Brasília, DF.

____. Acórdão do REsp nº 738.026/RJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. 26 jun. 2007, Brasília, DF.

____. Decisão Monocrática do REsp nº 943.452/SE. Relator Ministro Humberto Martins.. 8 out. 2008, Brasília, DF.

____. Acórdão do SS nº 1.880/RJ. Relator Ministro César Asfor Rocha.. 13 out. 2008, Brasília, DF.

____. Decisão Monocrática do REsp nº 1.102.027/MG. Relator Ministro Humberto Martins.. 26 FEV. 2000, Brasília, DF.

____. Decisão Monocrática do AgRg na SLS nº 989/BA. Relator Ministro César Asfor Rocha.. 2 abr. 2009, Brasília, DF.

____. Decisão Monocrática do SS nº 2.097/BA. Relator Ministro César Asfor Rocha.. 3 abr. 2009, Brasília, DF.

____. Decisão Monocrática do AgInst nº 1.110.761/SE. Relatora Ministra Eliana Calmon.. 3 abr. 2009, Brasília, DF.

____. Acórdão do AgRG no REsp nº 875.604/ES. Relator Ministro Humberto Martins.. 9 jun. 2009, Brasília, DF.

WALD, A., MORAES, L. R. de; WALD, A. de M. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. 954 p.